

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO



CRIMES CUMULATIVOS: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E APLICABILIDADE
PRÁTICA

JOÃO VASCO CRUZEIRO OLIVEIRA BARATA

COIMBRA

2013

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2.º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

CRIMES CUMULATIVOS: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E APLICABILIDADE
PRÁTICA

JOÃO VASCO CRUZEIRO OLIVEIRA BARATA

Dissertação apresentada no âmbito
do 2.º ciclo de Estudos em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra

Área de especialização: Mestrado
em Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Professora Doutora
Susana Aires de Sousa

COIMBRA

2013

Agradecimentos

Ao prazer angustiante de pensar uma questão da área que mais nos fascina junta-se, neste caso, o simbolismo deste exercício ser um ponto final na mais marcante e mais bela experiência da minha vida. Dedico este espaço a um conjunto de sentimentos.

Gostaria de homenagear todas as pessoas que comigo partilharam a *nossa* cidade e a *nossa* Associação Académica de Coimbra e os valores que, em ambas, considerámos mais justos, mais solidários e mais fraternos.

Seria inevitável deixar uma palavra - sem definição – à minha família e às minhas referências: os meus Pais. Os valores que me transmitiram e a sua constante presença são mais do que poderia desejar. Fica também uma palavra emocionada ao meu Avô Celso que, estou certo, muito discutiria comigo todas as questões que o seu infindável gosto pelo Direito lhe permitissem.

Dirijo um especial obrigado a todo o corpo docente com o qual pude privar – seja em aulas seja através das magníficas obras publicadas - de ciências jurídico-filosóficas e de ciências jurídico-penais que souberam despertar em mim o gosto pelo Direito.

No entanto, não seria justo se não dirigisse um especial agradecimento à Doutora Susana Aires de Sousa. Com imensa gratidão, e não o fazendo no cumprimento de qualquer obrigação formal, agradeço a total disponibilidade, o contributo inestimável para o resultado final desta dissertação e o acesso ao seu pensamento que, estou certo, deixam a boa escola de Coimbra garantida para o futuro.

Por fim, dedico este trabalho à Catarina. Ambos sabemos porquê.

Índice

Abreviaturas.....	6
Nota de Abertura	7
Capítulo I – <i>Do contexto social e filosófico até ao direito penal</i>	11
1. Densificação do contexto em que nos movemos.....	12
1.1. A sociedade do risco como pano de fundo	12
1.2. O que mudou: filosofia, ética e considerações sobre a necessidade de superar a razão técnico experimental	16
1.3. Os novos problemas da acção humana e as suas implicações éticas.....	18
1.4. Pensar (n)as gerações futuras - algumas propostas	21
1.4.1. North Whitehead.....	21
1.4.2. Hans Jonas	24
1.4.3. Joel Feinberg	29
2. Direito Penal - uma primeira, e curta, abordagem.....	31
2.1 Funcionalizar o direito penal	34
2.2. A recusa do direito penal na sociedade do risco	36
2.2.1. Interventionsrecht de Hassemer	38
3. Conclusões intermédias	40
Capítulo II – <i>Crimes cumulativos: principais nota, perspectivas de fundamentação e possíveis críticas</i>	44
1. Crimes Cumulativos	45
2. As perspectivas de fundamentação dos delitos cumulativos.....	48
2.1. A lógica dos grandes números ou teoria sistémica.....	49
2.2. O comportamento individual do « free-rider» ou teoria moral	52
2.3. Juízo destas duas posições.....	58
3. As críticas aos delitos cumulativos.....	61
3.1. Expansão inadmissível do direito penal (ou a sua funcionalização)	63
3.2. Princípio da oficiosidade	65
3.3. Princípio da proporcionalidade.....	67
3.4. Princípio da culpa	68
4. Conclusões intermédias	69

Capítulo III – <i>Do bem jurídico-penal à acumulação como um problema de criminalização e de valoração</i>	72
1. Introdução.....	73
1.1. Bem jurídico	73
1.1.1. A concepção monista-pessoal do bem jurídico-penal	76
1.1.2. A proposta de Stratenwerth	78
1.1.3. Os bens jurídicos de <i>referente pessoal</i> – exposição à luz do pensamento de Silva Dias.....	82
1.1.4 Os bens jurídicos colectivos no pensamento de Hefendehl.....	88
1.1.5. Bens jurídicos colectivos e a <i>relação</i> CRP – bem jurídico-penal	94
2. A acumulação como um problema de criminalização.....	99
2.1. Algumas precisões.....	108
2.2. Algumas críticas quanto à perspectiva adoptada.....	109
3. Conclusões intermédias	112
Capítulo IV – <i>Análise de alguns tipos legais de matriz cumulativa</i>	114
1. O problema aos olhos de alguns tipos legais.....	115
1.1. O crime de <i>violação de regras urbanísticas</i> – artigo 278.º - A do CP.....	115
1.2. O(s) crime(s) de corrupção	119
1.2.1. O bem jurídico no(s) crime(s) de corrupção e questões conexas	122
1.2.2. Corrupção: crime cumulativo?	125
1.2.3. A proposta de Almeida Costa.....	128
1.2.4. Ainda a mesma pergunta: corrupção, crime cumulativo	130
1.3. Crimes Fiscais	131
2. Conclusões intermédias... ..	136
Nota de encerramento	139
Referências Bibliográficas.....	142

Abreviaturas

- ADN** - Ácido desoxirribonucleico
- AR** – Assembleia da República
- BCE** – Banco Central Europeu
- BFD** – *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*
- CP** – Código Penal
- CRP** – Constituição da República Portuguesa
- DL** – Decreto-Lei
- IRS** – Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
- IVA** – Imposto sobre o Valor Acrescentado
- p.-** Página
- pp.-** Páginas
- PS** – Partido Socialista
- RDE** – *Revista de Direito e Economia*
- RECPC** – *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminologia*
- RGIT** – Regime Geral das Infracções Tributárias.
- RLJ** – *Revista de Legislação e Jurisprudência*
- RMP** – *Revista do Ministério Público*
- RP** – *Revista penal*
- RPCC** – *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*
- ss.-** Seguintes
- StGB** – Strafgesetzbuch
- Vol.** - Volume

Nota de abertura

Na multiplicidade de possibilidades interessantes e susceptíveis de problematização que existem no seio do direito penal, optar por um determinado caminho será sempre, pelo menos inicialmente, acompanhado por um algumas dúvidas. Não será por isso de estranhar, que tal tenha acontecido connosco quando confrontados com a difícil opção de escolher quais os aspectos a focar no amplo tema que motivou a nossa atenção. Como se compreenderá, (quase) tudo parece imprescindível.

Por isso, o primeiro passo que a tarefa a que nos propomos exigiu foi que delimitássemos, de forma rigorosa, qual o âmbito intencional do nosso estudo. Este ponto assume-se, no nosso entender, como *prius*¹ de qualquer estudo sobre qualquer questão já que só deste modo estamos aptos a elaborar um pensamento completo, rigoroso e útil para a *arte* que, com todos os contributos que vão surgindo, aspira a uma completude capaz de responder aos problemas colocados.

Porventura, no nosso tema em especial, esta delimitação mostra-se *conditio sine qua non* para podermos concluir com êxito, formal e substancial, a dissertação de mestrado em ciências jurídico-criminais que aqui se leva a cabo. E por alguns motivos: quer porque os delitos cumulativos trazem nas suas margens uma vasta gama de estimulantes problemas, cabendo-nos a difícil parte de resistir ao desejo de analisar muitos deles; quer pelo facto de que o contexto em que se move a figura central das nossas reflexões contar já com um sem fim de contributos; quer ainda, deixando para o fim aquilo que porventura será o mais importante, porque os delitos cumulativos colocam também eles questões que não podem deixar indiferente não só o direito penal mas também o direito constitucional (obviamente, com especialíssimo relevo para os princípios jurídico constitucionais que moldam o nosso direito penal).

Apesar de, como se referiu, já muitos autores se terem pronunciado, com maior ou menor profundidade, sobre questões que possam ter pontos de contacto com o nosso tema, podemos afirmar que estamos perante uma questão com um grau de novidade considerável, estando o debate que nos move muito longe do seu fim. Do mesmo modo

¹ Seguindo também nós o repto de Luciano Oliveira que sugestivamente intitulou um artigo acerca de como realizar trabalhos jurídicos de: *Não fale do Código de Hamurábi!*.

se pode afirmar que, por tudo o que se explanará adiante, não se perspectiva uma solução unânime em torno deste conjunto de questões.

A atenção que o nosso tema tem merecido, assim como as questões que com ele margeiam, são fruto do facto de que, porventura, nunca antes o direito penal da Ilustração se deparou com uma questão de tão difícil assimilação para o seu quadro de fundamentos. Efectivamente, o direito penal iluminista sempre foi conseguindo, com maior ou menor consenso, responder aos problemas que o *ameaçavam*. Será que esta nova época trouxe consigo a barreira que o direito penal que sempre conhecemos não está disposto a atravessar? Ou, de outro modo, como responderá o direito penal a um núcleo problemático que se dirige, directamente, a alguns dos seus pilares fundamentais?

Estas perguntas exigirão da nossa parte, para uma resposta cabal, uma análise à nova sociedade em que o direito penal se situa, assim como teremos que mergulhar na problemática filosófica que confere a estas questões ganham um sentido mais amplo e mais profundo. Este estudo ocupará a primeira parte do nosso trabalho e, estamos convictos, assume-se como indispensável para estarmos legitimados a uma aproximação às questões mais directamente relacionadas com o direito penal que, obviamente, ocuparão a maior parte desta dissertação.

O caminho inicial será, em termos gerais, marcado por uma análise à *nova* sociedade do risco que, como veremos, trouxe mudanças de uma relevância substancial à acção humana; colocou todas as concepções éticas que tínhamos como válidas em debate; e que arrastou a racionalidade que, acriticamente, nos movia para o centro de todos os problemas. Ora, como se percebe, iniciar esta dissertação através duma análise cuidada ao panorama social e filosófico que, no fundo, deu à luz o nosso problema não se trata de um mero exercício teórico. Pelo contrário, é um passo essencial e que exigirá não só uma atitude expositiva mas também uma tomada de posição pessoal face ao conjunto de questões em causa. E por duas razões: a primeira, mais abrangente, porque cabe à filosofia pensar a forma como se podem resolver problemas que há bem pouco tempo não existiam, como por exemplo as grandes questões ambientais; a segunda, indissociável da primeira, porque o direito penal confronta-se com novas questões que colocam em causa a sua natureza e que, por isso, impedem que comecemos a nossa reflexão já no terreno do direito penal.

Além destes motivos, veremos que ao longo deste trabalho dialogaremos recorrentemente com as paragens filosóficas que fomos conhecendo. Nestes diálogos estabeleceremos uma tentativa de reacção face aos nossos tempos, tempos em que, como afirma Valter Hugo Mae, “nos falta metafísica”.

De forma natural, estreitaremos o nosso caminho, aproximando-nos primeiro do direito penal e, de seguida, da figura dos delitos cumulativos que, como se antevê, trará consigo todo o peso do contexto em que surgiu.

Efectivamente, os delitos cumulativos surgem como resposta possível a todos os problemas que fomos expondo. Um estudo rigoroso exigirá que procuraremos um pouco da forma como surgiu esta figura, como é que ela é passível de ser fundamentada em termos jurídico-filosóficos e, obviamente, que críticas lhe são dirigidas. O tom que assumiremos nesse capítulo, necessariamente mais expositivo, será mitigado com algumas considerações de cariz pessoal, que se assumirão como tomada de posição.

Será então altura de assumirmos a forma como vemos o problema. Para tal, tomaremos posição acerca da questão que tanta tinta tem feito correr, e que se refere à anunciada morte do paradigma do bem jurídico. Será um caminho necessário que terminará com a aceitação, pela nossa parte, de bens jurídicos colectivos. Este estudo, que se assume como verdadeira questão prévia, faz a ponte para a forma como pensamos a questão da acumulação no direito penal. Assumidamente influenciados pelo pensamento de Hefendehl ensaiaremos, contudo, argumentação algo diferente.

Culminaremos o nosso estudo com a necessária concretização prática de tudo quanto foi sendo apresentado. Optámos pela análise de três crimes susceptíveis de uma análise à luz da ideia de acumulação que, como veremos, terão soluções diferentes. Teremos oportunidade de verificar que, apesar da recusa dos delitos cumulativos ser um pensamento maioritário, o legislador penal já os aceitou. Porventura, sem total noção desse facto ou não houvesse essa tendência de em Portugal, como afirma Manuel Costa Andrade, se “legislar à flor da pele”. Falamos, concretamente, do tipo legal previsto e punido no artigo 278.º - A do C.P. que, apesar da escassa análise doutrinal de que foi alvo, se apresenta inequivocamente como um verdadeiro delito cumulativo.

Será bem patente ao longo deste trabalho que atribuiremos um papel fulcral à política-criminal sendo esta a que, seguindo de perto o pensamento de Figueiredo Dias,

tem o “primeiro e indisputável lugar”² na “inter-relação das três disciplinas que conformam a «ciência conjunta do direito penal» “³e que ganha uma “posição de domínio e mesmo de transcendência face à própria dogmática”⁴. Por esta arrumação de ideias ser uma constante quer explícita quer implicitamente ao longo desta reflexão, deixaremos para *a posteriori* mais desenvolvimentos. Adiantamos apenas que, uma análise dogmática, *rectius*, das figuras dogmáticas que dialogam com a ideia de acumulação, apresenta-se também como matéria de reflexão principalmente porque, como *alerta*⁵ Augusto Silva Dias, não pode haver uma “ruptura lógica entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação, eliminando qualquer conexão entre ambos.”⁶ Infelizmente, por motivos formais, não poderemos desenvolver a nossa visão sobre qual a melhor forma de compatibilizar aqueles dois discursos. Estamos, contudo, certos que o que defenderemos não implicará nenhuma cisão entre ambos.

² Figueiredo Dias, *O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, pag 585.

³ Figueiredo Dias, *idem, ibidem*.

⁴ Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais, A doutrina Geral do Crime*, pag. 33. Quanto a esta obra, não posso deixar de, nesta primeira citação, referir a influência marcante que teve não só profissionalmente, mas acima de tudo, na minha formação pessoal. Assim, mais do que a vénia com que, naturalmente, é citada, deixo aqui o meu silencioso obrigado ao Autor.

⁵ Manda a honestidade intelectual que se refira que o que o autor faz com as palavras que citaremos de seguida não é rigorosamente um alerta mas antes um argumento contra a ideia da acumulação e dos delitos cumulativos. Adiante poderemos ver melhor as notas marcantes do pensamento deste autor.

⁶ Augusto Silva Dias, «*What if everybody did it?*»: *Sobre a «(in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação*, in *RPCC*, nº 13 de 2003.

CAPÍTULO I

Do contexto social e filosófico até ao direito penal.

1. Densificação do contexto em que nos movemos.

1.1. A sociedade do risco como pano de fundo

O quotidiano individual, que as palavras de Alexandre O'Neill⁷ tão peculiarmente descrevem, marcado por uma rotina não poucas vezes entediante da vida no seu dia-a-dia, trouxe, por sua vez, no que respeita à nossa vida em sociedade, uma época de pouca ou nenhuma previsibilidade, em que durante muito tempo se verificou o “domínio da irracionalidade”⁸. O passado verbal terá de ser entendido *cum granus sallis* já que ainda há quem perfilhe a tese de que o ritmo desenfreado, descontrolado e por isso imprevisível que nos trouxe até aqui mantém as suas virtudes *inalteradas*. Isto apesar de já em 1997 Orlando de Carvalho afirmar que “ao invés do século XIX, o nosso viveu sob o signo de duas progressivas desmistificações e, finalmente, da agonia de dois deuses que no século transcurso estabeleceram o seu Olimpo: a ciência e o estado.”⁹

Dizer que somos contemporâneos da denominada «sociedade do risco»¹⁰ vale muito pouco, se não for avançarmos nas notas caracterizadoras que explicitaremos de seguida, mas tem o mérito de nos situar num contexto sem precedentes. Faremos aqui uma analogia com a época que se viveu no pós II Guerra Mundial. Como qualquer analogia temos de respeitar as diferenças. Estamos conscientes que este raciocínio só se poderá fazer em relação à incerteza globalizada no que toca à nossa identidade e ao questionamento de que todas as manifestações e instituições humanas foram alvo, tanto no pós-guerra como hoje.¹¹ Será um truísmo referir que “vivemos ainda entre os

⁷ Remeteremos para toda a obra de Alexandre O'Neill, e mais especificamente para o livro, *No Reino da Dinamarca*.

⁸ Rogério Ehrhardt Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, pag. 73.

⁹ Orlando Carvalho, *Para um paradigma interpretativo: o projecto social global*, in *BFD*, nº 73 ano 1997, pag. 2.

¹⁰ Expressão atribuída ao sociólogo alemão Ulrich Beck na sua obra, datada de 1986, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Modern*.

¹¹ Esta aparente divisão estanque de épocas é isso mesmo... aparente. Sabendo que hoje partilhamos uma, permita-se, angústia referida à sociedade que saiu do pós-guerra na medida em que “já não somos, mas somos ainda”, esta divisão só se pode fazer por benefícios de exposição, focando, em especial, a diferente tipologia de problemas que se colocam. Não teremos espaço para desenvolver muitas ideias que seriam pertinentes e que U. Beck levanta na sua obra. Diremos tão só que consideramos bastante relevante o

despojos de um projecto humano que naufragou em pleno século XX, despedaçado pelo Holocausto.”¹²

Assim, que principais traços, podemos relevar nesta «sociedade do risco» que torna “o homem simultaneamente senhor da terra e escravo da máquina”¹³?

O homem como “animal técnico” que quer viver e não sobreviver, que ao invés de se adaptar à natureza põe esta à mercê das suas necessidades, conseguiu desenvolver o seu domínio sobre o mundo que o rodeia¹⁴ de uma forma tal que as ameaças com que nos confrontamos nos obrigam a um constante questionamento, diria, existencial. Na verdade, tal é a incerteza relativamente a nós enquanto sujeitos/actores desta época que até o nome para nos designar gera dúvidas, sendo que “continuamos a pensar-nos e representar-nos por referência à *modernidade*, seja proclamando-nos pós-modernos, seja falando dos tempos actuais em termos *de modernidade tardia*, de *trans-* ou de *ultra-modernidade*.”¹⁵

Podemos dizer que os clássicos gregos (veja-se o caso da *Antígona* de Sófocles) já referiam esta tendência do homem para subjugar a natureza e a possibilidade de a usar para o bem ou para o mal. Porém, juntamente com este poder do homem, sempre coexistiu a natureza com as suas reacções...naturais e imprevisíveis. Com isto queremos referir que sempre houve perigo e eventos devastadores para a vida na terra¹⁶. Até porque o *simples* viver pressupõe sempre uma nota de perigo. Algo então nos diz que houve uma mudança motivada pelo facto de agora a sociedade já não ser de *perigo* mas

facto de esta mudança interpelar todos os campos da nossa sociedade: a política (e a necessidade de uma “sub-política”), a economia, o Estado Social, o direito (de que nos ocuparemos mas até aqui com circunscrição quase total ao direito penal), as relações intersubjectivas etc são modificadas pela sociedade do risco.

¹² Luis Meneses do Vale, *Guiões de apoio ao estudo da cadeira de Metodologia Jurídica*, pag.43.

¹³ Robert Musil, *O homem sem qualidades*, pag. 45.

¹⁴ Chegando ao ponto, inclusivamente, de o próprio homem se tornar também ele objecto da técnica.

¹⁵ Luis Meneses do Vale, como na nota 12, pag. 43. No mesmo sentido, Faria Costa, *Bioética e direito penal, Reflexões possíveis em tempos de incerteza*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, pag. 115 com especial relevo para a nota nº 5 em que revela a preferência pela designação tardo-modernos, porquanto revela uma “modernidade que se revela tardia ou eventualmente já em ocaso”.

¹⁶ Terramotos, guerras, catástrofes naturais etc etc...

de *risco*. Socorrendo-nos da distinção que Luhmann nos oferece¹⁷, diremos que os riscos são possibilidades em que os danos eventuais têm como consequência a conduta do agente enquanto que o perigo pressupõe que os danos eventuais sejam devidos ao ambiente, à natureza afinal.

Ulrich Beck afirma que vivemos numa “segunda modernidade”¹⁸, marcada por cinco processos que se relacionam, a saber: globalização, individualização, revolução dos géneros, falta de emprego e riscos globais. Podemos encontrar um certo paradoxo no facto de, se por um lado estes riscos nada têm de planeado; por outro eles são fruto de decisões humanas (seja a nível pessoal, seja enquadrado na organização de uma qualquer pessoa colectiva)¹⁹ dando força à ideia de que a sociedade do risco não é uma opção. Esta ideia nuclear leva o sociólogo alemão a falar numa “modernização reflexiva”²⁰, referindo-se ao facto de estarmos a sofrer as consequências de tão desenfreado desenvolvimento, sendo que estas se apresentam, as mais das vezes, na forma de grandes catástrofes, não deixando à partida ninguém a salvo. “Na medida em que todos são afectados da mesma forma pelos novos riscos, eles conduzem à perda do significado de pertença a um grupo social, a uma vizinhança, a uma geração”²¹ ou, de outro modo, a uma “intimidade puramente defensiva”.²²

Estes riscos de capacidade destrutiva imprevisível e de massas apresentam-se “transfronteiriços, no seu espaço, e transgeracionais, no seu tempo.”²³ Também influenciados por esta *revolução* começam a surgir novas formas, antes inimagináveis,

¹⁷ Distinção retirada de: João Loureiro, *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco*, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares* pag. 805 e ss.

¹⁸ Ulrich Beck, *World Risk Society*, pag 1. A primeira modernidade teria sido marcada pela *figura* do Estado Nação e por um mundo em que as relações, as comunidades, as redes de contacto etc eram vistas num sentido territorial. Modelo colectivo de vida, progresso controlado, altos níveis de emprego e uma exploração (mais) racional da natureza eram algumas das notas marcantes desta primeira modernidade.

¹⁹ Em termos muito próximos da citação: Susana Aires de Sousa, *Risco, precaução e responsabilidade no horizonte da incerteza*, in, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, pag. 685.

²⁰ Ulrich Beck, como na nota 18, pag 2. No mesmo sentido, Susana Aires de Sousa, como na nota 16, pag. 585.

²¹ Susana Aires de Sousa, como na nota 19, pag 685.

²² Rogério Ehrhardt Soares, como na nota 8, pag 71.

²³ Susana Aires de Sousa, como na nota 19, pag 688.

de atentar contra certos bens, ainda que de forma não irreversível e, por isso, não totalmente coincidentes com as ideias de Beck. Os exemplos são inabarcáveis, mas pensemos em questões como a revolução informática e das comunicações que, passe o pleonasma, revolucionam problemas tão diversos como: a reserva da vida privada, a difamação ou injúria.²⁴ Ao invés, as novas formas de guerra ou, num tom mais eufemístico, a luta de interesses entre nações representam um exemplo perfeito dos novos riscos.²⁵ Mas estes atingem ainda as relações de consumo²⁶ ou a forma como pensamos a atribuição de responsabilidades.²⁷ Quanto a esta última questão, importa concretizar, dizendo que “se há ponto firme nestes tempos de incerteza julgamos que o podemos encontrar na aceitação de que a contemporaneidade reivindica para si, de modo insofismável, o primado de uma ética da responsabilidade, de uma ética de resultado”²⁸

Este “fenómeno da incerteza converteu-se em problema jurídico”²⁹ tornando-se numa das mais debatidas questões (também) no seio do direito penal, chegando inclusivamente ao ponto de se falar de um direito penal do risco. A *nova* sociedade, acorda questões que estavam *adormecidas*, como o problema da natureza, a democratização da democracia ou o papel futuro do Estado.³⁰ Outro fenómeno que não podemos deixar de referir é a “tendência expansiva da atribuição de responsabilidade. Na sociedade do risco o reino do azar ou do infortúnio cede espaços à culpabilidade, como uma necessidade para a estabilidade social: a uma maior sensação de insegurança, uma maior exigência de individualizar os responsáveis, para assim conseguir uma

²⁴ Quanto a estes três problemas podemos referir-nos aos múltiplos casos, a que a comunicação social vai dando relevo, que têm como pano de fundo redes sociais informáticas.

²⁵ Materializando-se esta revolução em casos como o do *Stuxnet*. Trata-se de um vírus informático que espiona e reprograma sistemas industriais e que foi pensado para controlar as centrífugas de enriquecimento de urânio. Esta, ainda que tenha sido descoberta, era uma das armas que os Estados Unidos da América possuíam contra os interesses iranianos.

²⁶ Em que um só produto passa por vários países, por imensas fases de decisão antes de chegar ao consumidor. Ou o uso de substâncias que só muito depois de prejudicarem a saúde pública são descobertas e conhecidos os seus efeitos.

²⁷ Para já bastamo-nos com o facto de referir que estes riscos não são socializados pelas seguradoras.

²⁸ Faria Costa, como na nota 15, pag. 115.

²⁹ Perigogine *apud* João Loureiro, como na nota 17, pag 861.

³⁰ Ulrich Beck, como na nota 18, pag2..

explicação do dano”.³¹ Neste sentido, tomamos como imprescindíveis as palavras de Rogério Soares quando, numa obra precursora, e referindo-se à *sociedade moderna*, afirmava que importará “saber se será possível a essa máquina estadual salvar alguma coisa desse homem que encontra, ao afundar-se no seu ambiente, o alívio do morfinómano.”³² Este terá de ser um dos referentes essenciais de quem, como nós, procura problematizar os potenciais efeitos de todo este vasto e complexo contexto, no campo mais susceptível de influir na liberdade do cidadão: o direito penal.

1.2. O que mudou: filosofia, ética e considerações sobre a necessidade de superar a *razão técnico-instrumental*

Todos estes novos problemas que sumária e genericamente descrevemos não podiam deixar (e não deixaram, diga-se) indiferente a filosofia, enquanto caminho por excelência para encontrar novas respostas para novos problemas. Se “é a filosofia que cabe pensar os caminhos necessários de superação dos paradigmas da modernidade”³³ então revela-se-nos essencial pensar algumas das propostas que marcam o pensamento filosófico contemporâneo, com a certeza de que tal trabalho não comprometerá, nem nos desviará dos nossos objectivos, assim o saibamos reorientar para o tema central da nossa reflexão.

Antes disso, teremos de perceber o que mudou não só na acção humana mas também na ética na exacta medida que “o direito penal é também uma ética aplicada (...), uma «ética» específica que se desdobra em heteronomias mas que nem por isso deixa de se mostrar como um catálogo mínimo de comportamentos eticamente relevantes.”³⁴ Decerto se perceberá que tudo o que diremos de seguida terá como marca indelével a necessidade que a filosofia teve de, no âmbito das suas preocupações, inserir um novo referente – as gerações futuras.

No entanto, antes de materializarmos este plano que acabámos de gizar, teceremos algumas considerações, a título de *declaração de interesses*, acerca da

³¹ Rafael Alcácer Guirao, *La protección del futuro y los daños cumulativos*, in *RECPC 04-08 (2002)*, pag. 7 e 8.

³² Rogério Ehrhardt Soares, como na nota 8, pag. 131.

³³ Figueiredo Dias, *O papel do direito penal na protecção das gerações futuras*, in *Volume Comemorativo do 75º Tomo do BFD*, pag. 1125.

³⁴ Faria Costa, como na nota 15, pag 111.

necessidade de superação da *razão técnico-instrumental*. E que notas apresenta este novo *logos* que acompanhou quase todo o planeta nos últimos anos?

Podemos dizer que se caracteriza, desde logo, por se ter perdido de vista o homem “enquanto pessoa concreta, viva”³⁵ e, acrescentamos, mortal. O saber enquanto poder, ideia atribuída a *Sir Francis Bacon*, fundamenta esta razão na medida em que, como já resulta do que foi afirmado ao longo desta reflexão, visa-se agora “(...) a maximização da utilidade através do poder e do domínio sobre a natureza (...)”³⁶ para que o homem se torne “sujeito, senhor e proprietário absoluto do mundo”³⁷. A razão técnico-instrumental criou uma sociedade de massas, uma sociedade do “primeiro eu” e desprovida da “ontologia da diferença” que dá lugar a um “individualismo institucionalizado”³⁸. Atentemos ao que nos diz Anselmo Borges: “o *homo oeconomicus* dominado pela sede da posse crescente de bens tomou o predomínio (...); o valor da pessoa já não se mostra pelo que é, mas pelo que tem [sendo que] as novas catedrais parecem ser os hipermercados, e a prova maior da existência também parece ser o hedonismo consumista: *consumo, logo existo...*”³⁹

Porém, estas breves notas parecem significar que esta crença no poder do homem só trouxe arrependimentos. Tal não é verdade. Esta racionalidade que nos acompanhou vários anos, séculos na verdade, trouxe consigo “(...) um progresso espiritual e material espantoso à humanidade deixando-lhe um legado irrenunciável de razão crítica, de secularização, de direitos humanos (...)”⁴⁰. Portanto, superar esta razão implica “(...) pôr fim à << cegueira ontológica >> em que radica a já longa tentativa de substituir o transcendental ontológico pelo transcendental gnoseológico, como meio de domínio do mundo pela tecnociência”⁴¹ mas não torna necessário fazer tábua rasa de todas as conquistas que, apesar de tudo, conseguimos atingir. Acreditar que o caminho da negação é a forma de superar este domínio da ciência será, consideramos, percorrer os

³⁵ Anselmo Borges, *O crime económico na perspectiva filosófico-teológica*, in *RPCC 10 (2000)*
pag.11

³⁶ *idem, ibidem.*

³⁷ *idem, ibidem.*

³⁸ Ulrich Beck, como na nota 18, pag 13 ss

³⁹ Anselmo Borges, como na nota 35, pag. 18 e 19

⁴⁰ Figueiredo Dias, como na nota 33, pag 1124

⁴¹ Figueiredo Dias, como na nota 2, pag 592

mesmos vícios do que se considerou insuficiente. Numa palavra: superar esta racionalidade implicará sempre reconhecer os méritos que ela revelou.

1.3. Os novos problemas da acção humana e as suas implicações éticas

A problemática que, sumariamente, acabámos de expor, exige agora que se perceba o que mudou na sociedade em dois planos que se relacionam: o da ética, na medida que as mudanças geradas pela sociedade do risco exigem compreender também o que mudou neste âmbito, para que a possamos analisar e, se necessário, redefinir; e o da acção já que esta será, na maioria das vezes, orientada por uma ética. Como se compreende, saber as novas exigências e problemas que a acção humana enfrenta será importante para podermos responder ao papel que o direito penal tem na conformação desta realidade. Porém, pensar a acção é pensar a ética; daí a especial relevância que atribuímos ao ponto que passámos a analisar.

Hans Jonas⁴², numa obra que, embora não fuja à justa crítica que aponta o extremismo das suas posições, traça de forma rigorosa, verdadeira e contundente o “carácter modificado da acção humana”, chamando-nos à atenção de que toda a ética que até agora conduzia a humanidade assentava em três ideias que se relacionam entre si e que eram aceites acriticamente: a condição humana permanece imutável; é possível determinar claramente o bem humano; o alcance da acção humana e da responsabilidade está estritamente delimitado.

Sucedem, porém, que estas premissas já não são válidas, pois os citados desenvolvimentos mudaram a matriz da acção humana.

A ética que marcava a nossa existência durante longos anos era única e exclusivamente virada para o presente⁴³ e referia-se às relações entre aqueles que partilham um presente comum. Senão vejamos: a actuação sobre os objectos não humanos não constituía um âmbito de relevância ética; toda a ética era antropocêntrica; o homem e a sua condição eram vistos como constantes na sua essência e não como objecto duma *techné* transformadora; os resultados das acções eram encontrados num

⁴² Hans Jonas, *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, pag 29ss

⁴³ Apesar da mudança deste facto ser analisada mais adiante podemos já deixar algumas notas.

lapso temporal curto, o que leva a que a avaliação do acto seja feita dentro do contexto imediato e sem problemas no que toca ao autor da acção.⁴⁴

O idealismo Kantiano afirmava que a razão humana, só por si, pode chegar a uma exactidão tal, que torna desnecessária a ciência ou a filosofia para se saber como se deve agir.⁴⁵

Esta ética virada para o *hic et nunc* torna-se insuficiente⁴⁶ e não é preciso ir mais longe do que o presente para o comprovar. O objecto da acção humana cresceu tanto, que torna o de outras realidades (como por exemplo a primeira modernidade a que se refere Beck) minúsculo. Importa, relacionando com esta questão, dizer que quem pratica os actos é o homem, mas na sua veste de actor colectivo, sendo, conseqüentemente, o acto também entendido colectivamente (ainda que na prática seja, ou possa ser, praticado individualmente).

Esta actuação teve como uma das conseqüências o subjugar da natureza à acção humana⁴⁷. Donde, implica que o homem assuma a natureza enquanto sua responsabilidade. Ora, esta ideia, di-lo Hans Jonas, é um “*novum* sobre o qual a teoria ética tem de pensar”.⁴⁸ Até porque, cremos ser útil acrescentar, o próprio homem faz parte da natureza.

Com o que ficou dito até agora queremos dizer que a ética desejada tem de abandonar a sua matriz antropocêntrica? Não. De facto, o destino do homem depende da

⁴⁴ Hans Jonas, como na nota 42, pag 29ss

⁴⁵ Ideia expressa na sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Porém, retirámos esta parte de Hans Jonas, como na nota 42, pag 30

⁴⁶ Em sentido que, se bem entendemos, favorável ao que estamos a defender veja-se: Figueiredo Dias, como na nota 2, pag. 588

⁴⁷ Não podemos dizer total já que a natureza vai reagindo mostrando-nos que, apesar de ir aguentando, é necessário uma mudança drástica na conduta humana. Sem dúvida que as construções humanas, amplamente entendidas de forma a conter não só casos como a *cidade* enquanto paradigma da intervenção do homem na natureza mas também as construções ideológicas em constante mutação, que foram acompanhando a história da humanidade serão sempre o espelho das relações que se vão estabelecendo entre homem e natureza.

⁴⁸ Hans Jonas, como na nota 42, pag 33

natureza sendo esta o último referente que faz do interesse da sua conservação⁴⁹ um interesse moral. Assim, ainda com especificidades, é de manter a orientação antropocêntrica da ética clássica. Essas especificidades ligam-se à necessidade de adaptação à incomensurabilidade espacio-temporal⁵⁰ das novas lesões e ao facto de estas, as mais das vezes, se revestirem de uma nota de irreversibilidade e/ou de um carácter acumulativo.⁵¹ De outra forma: os danos pautam-se por não serem susceptíveis duma reparação ou de um restabelecimento fáctico da situação e por se protelarem no tempo. Estas acções de carácter acumulativo, que teremos oportunidade de desenvolver oportunamente, caracterizam-se pela ideia de que uma simples conduta, individualmente considerada, não é susceptível de lesar, ou por em perigo, um bem jurídico colectivo. No entanto, se a essa conduta individual se juntarem outras, então o potencial lesivo é enorme.

Torna-se fácil perceber que este carácter novo da acção humana coloca questões *existenciais* ao “património ideológico do Iluminismo Penal”⁵² pois até agora, para conter os riscos (talvez, pelo que dissemos, e adequando a linguagem ao momento a que nos referimos, fosse mais rigoroso chamar *perigos*) que ameaçavam bens jurídicos “(...) era bastante o catálogo puramente individualista dos bens jurídicos penalmente tutelados, e assim, o paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico.”⁵³ Contudo, este *novum* pode questionar também: o modo de produção legislativa⁵⁴, que se pode considerar insuficiente na medida em que, por estar reservada ao Parlamento pode não chegar, *brevitatis causae*, em tempo útil; bem como “(...) os princípios político-criminais até agora tão essenciais como o da função exclusivamente protectora de bens

⁴⁹ Algumas dúvidas quanto à necessidade à necessidade de total conservação do *estado das coisas* serão levantadas mais tarde.

⁵⁰ Parece-nos que há uma tendência para se dar mais ênfase à coordenada tempo. Porém, acreditamos que não é possível dar primazia a nenhuma das duas.

⁵¹ Hans Jonas, como na nota 42, pag 33 e 34

⁵² Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 137

⁵³ Figueiredo Dias, como na nota 2, pag 588

⁵⁴ Quanto a este ponto, não poderíamos deixar de referir o estudo de Castanheira Neves, *O princípio da legalidade criminal; O seu problema jurídico e o seu critério dogmático*, in, Digesta Volume I. Refere o autor, quanto ao corolário *lei escrita*, que todo o direito penal não está contido na lei. Na verdade, refere o oposto: que existe direito penal para além da lei escrita, “que não deixará de ser de índole consuetudinária jurisprudencial” na medida em que o normativo jurídico “é em boa medida (...) também expressão normativamente constitutiva de uma reelaboração jurisprudencial-doutrinal”.

jurídicos, o da secularização, o da intervenção mínima e *ultima ratio*⁵⁵. Numa palavra: pode abalar toda a estrutura em que assenta o direito penal tal como o entendemos.

Como se percebe, a presença do homem no mundo era algo inquestionável sendo que qualquer ideia de obrigação no comportamento humano partia desta ideia. Ora, como aliás se retira do pouco que já foi dito, e em tom de conclusão, esta presença converteu-se numa obrigação: a de garantir o futuro.

1.4. Pensar (n)as gerações futuras – algumas propostas.

1.4.1. North Whitehead

Ainda que a proposta deste Professor britânico⁵⁶ possa parecer *fora* do caminho que percorremos até agora, ela tem o imenso mérito de: primeiro, mostrar que a natureza das propostas que surgiram, visando resolver o problema de pensar as gerações futuras, é muito diversa e com várias latitudes; segundo, contribuir de forma decisiva para o aparecimento de uma ética ambiental, sendo precursora de um certo “ecologismo radical” que motivou várias propostas que o traduziram.⁵⁷

Alertamos apenas que, apesar da proposta se pautar por ideias de difícil materialização ou, dito de modo mais correcto, apontar para o horizonte mais vasto e complexo da metafísica, consideramos que ela se relaciona igualmente com ideias que retirámos do âmbito da ciência física.⁵⁸

Afirma o autor que passado e futuro se fundem numa “metafísica relacional”⁵⁹, isto é, em que a inteira humanidade deve ver-se como indivisível havendo portanto uma única comunidade (ainda que constituída pelas várias gerações).

Atinge-se assim a ideia de uma “filosofia evolutiva que define a sociedade como uma estrutura relacional de experiência”⁶⁰ em que tanto estruturas passadas como

⁵⁵ Figueiredo Dias, como na nota 2, pag 588

⁵⁶ Entre filósofo e matemático preferimos uma designação mais neutra e abrangente.

⁵⁷ Neste sentido, e em termos próximos da citação, Guilherme Costa Câmara, *O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras: Contributo ao debate sobre o delito cumulativo*, pag. 290, em especial a nota 808.

⁵⁸ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag 290. Em especial a nota 808, onde o autor brasileiro refere que “uma tal metafísica deriva de uma física bem concreta”.

⁵⁹ Expressão de Emmanuel Agius que de Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag 291.

⁶⁰ Emmanuel Agius *apud* Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag 290.

futuras se relacionam. As relações estender-se-iam inter-temporalmente e a “comunidade do mundo”⁶¹ adquiriria um tom acentuadamente de experiência “compartilhada” entre as gerações passadas, presentes e futuras. Como argutamente introduz Guilherme Costa Câmara, as construções de Whitehead “podem muito bem ser interpretados já como proposta voltada à construção de um novo modelo de sociedade humana.”⁶²

Ainda de outra forma, podemos, com Emmanuel Agius⁶³, referir que Whitehead “(...) vê o indivíduo como um ponto de intersecção de relações intersubjectivas, conectado tanto extrínseca como também intrinsecamente com as gerações futuras, de modo que essas relações teriam um fundamento não apenas de carácter ontológico, como também ético.” Continua a o eminente professor distinguindo que se à ética cabe analisar o efeito do presente sobre o futuro será a este *in fine* (ainda que dentro dum ciclo evolutivo que não pode determinar o quando) que ditará se a acção foi eticamente boa.

Aqui chegados convocaremos algumas ideias que nos foram dadas a conhecer por Fernando José Bronze e que, se analisámos bem a questão, podem relacionar-se com o tema de que cuidamos neste ponto, já que vai ao encontro da ideia do homem *não ser só o que é*, ser mais do que a sua individualidade, seja pela sociedade que o condiciona, seja por factores metafísicos de materialização sempre questionável seja ainda porque a própria física e natureza humana assim o determinam. Ainda que cuidando de questões que não podemos convocar para esta reflexão, dá-nos um contributo que se revela com maior utilidade a quando reflecte sobre os *memes*.

“A nossa condição é determinada pela interacção de constrangimentos biológicos e variáveis socioculturais” “pois o ambiente, enquanto influencia a biologia humana, é por sua vez modificado pelas actividades sociais e culturais do homem”⁶⁴ de maneira que temos de compreender qualquer pessoa “(...) como um organismo [que tem] uma certa história de vida e uma determinada cultura (...) que mobiliza um pré-

⁶¹ *idem, ibidem.*

⁶² *idem, ibidem.*

⁶³ *idem, ibidem.*

⁶⁴ George Steiner *apud* Fernando José Bronze, in *PJ -> JD: a equação metodonomológica: as incógnitas que articula e o modo como se resolve*, in, *BFD*, Vol. 87 (2011), pag. 110.

saber experiencialmente adquirido e culturalmente armazenado.”⁶⁵ Esta ideia está presente na proposta de Whitehead de que agora cuidamos na medida em que este pré-saber advém da nossa natureza humana, seres existenciais que evoluem com o passado e desenvolvem o presente e que por isso partilham o mundo não só com os seus contemporâneos mas também com os seus antepassados tornando-se, acreditamos, responsáveis para com o futuro.

A frase de George Steiner que acabámos de citar é, à falta de melhor terminologia, *simplificada* por Fernando José Bronze da seguinte forma: “(...) a pessoa singular tipo de animal está provida de memes”⁶⁶. Ora, que significa esta ideia? Significa que quer a pessoa quer a cultura têm um carácter Darwinista na medida que também se explicam por um carácter evolucionista. Porém, enquanto os genes se transmitem “pelos apertados mecanismos da hereditariedade (...) os memes transmitem-se em termos exogenéticos ou exossomáticos (...)”⁶⁷ ou, de forma mais simples, “(...) pelo aparelho da cultura no seu conjunto”⁶⁸.

Ainda com o Professor da Faculdade de Direito que nos acompanha terminamos dizendo que “para os fisicalistas neodarwinistas, o que onticamente nos constitui é a informação que armazenamos” sendo que “esta informação está codificada digitalmente no nosso ADN.”⁶⁹

Assim, na filosofia de Whitehead “o papel do tempo na construção de uma ética intergeracional”⁷⁰ é de facto fundamental. As relações que se estabelecem entre as várias gerações, e com isto concordamos que elas existem, podem servir como base, ou início, duma ética capaz de fundamentar a protecção do futuro. A ideia de Whitehead estará presente, no nosso entender, implicitamente, em algumas ideias que atribuiremos

⁶⁵ *Idem, ibidem*, pag 127.

⁶⁶ *idem, ibidem*. Encontramos também a explicação de memes enquanto “específicos replicadores que actuam no meio cultural” estando sujeitos a princípios semelhantes aos dos genes que, como se sabe, actuam no meio biológico.

⁶⁷ O que torna impossível a cópia dos mecanismos de evolução natural para a evolução cultural.

⁶⁸ Seguimos perto da citação (citando inclusivamente algumas partes) Fernando José Bronze, como na nota 64.

⁶⁹ *Idem, ibidem*.

⁷⁰ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 289

a Hans Jonas. Também por isto, mas principalmente pelo que ficou exposto, considerámos importante reservar estas curtas linhas para o seu pensamento.

1.4.2. Hans Jonas

Uma das propostas mais expressivas ou, se quisermos, alvo de maior atenção tem sido a do filósofo alemão Jonas que já tivemos oportunidade de visitar⁷¹ na medida em que constituiu uma sólida base de apoio na explicitação da mudança de paradigma ético que os novos tempos reclamam.

Semelhante acompanhamento não podemos fazer quanto à sua proposta em concreto, não obstante partilhemos com ela a mesma preocupação, por nós expressa em **1.2.**, da necessidade de se ultrapassar a razão técnico-instrumental. Na verdade, um dos méritos práticos que a proposta de Jonas tem é ter dado um forte impulso à superação daquela.⁷²

Para o autor em análise, a ética actual assente na simultaneidade não é suficiente, daí que seja necessário reformulá-la, ou, cremos poder dizer das duas maneiras⁷³, criar uma nova ética que seria direccionada para o futuro⁷⁴ e se adequaria às mudanças na acção humana que *supra* expusemos.

⁷¹ Vide *supra* 1.3.

⁷² Susana Aires de Sousa, como na nota 19, pag. 691.

⁷³ Ainda que, o facto de o autor citar a ética Kantiana possa levar à tendência de se falar numa reformulação, parece-nos que Jonas vai mais longe e cria uma nova ética. Como se compreende, seria uma análise que envolveria tempo, espaço e leituras diferentes das que se revelam susceptíveis de mobilização para estudo concreto.

⁷⁴ Quanto a este ponto consideramos crucial deixar algumas notas sobre esta necessidade do autor encontrar uma ética verdadeiramente *virada* para o futuro. Nesta tarefa, começa o filósofo por rejeitar outros três outros tipos de ética que poderiam ajudar-nos: a *ética do cumprimento mais além*; a *responsabilidade do governante pelo futuro*; a *utopia moderna*. A primeira cuida, essencialmente, da ética religiosa, ou seja, de uma vida temente a Deus como condição de uma recompensa futura. Porém, e nas palavras de Jonas, nesta *proposta* “encontramo-nos (...) perante uma ética para a contemporaneidade e para o imediato” sendo que o que é ético em cada caso concreto não dependerá da meta ultraterrena que certo indivíduo tem. Percebe-se que não estamos perante uma ética virada para o futuro, ainda que este seja tido em conta, daí não nos podermos ancorar nesta proposta Este argumento colhe de forma ainda mais impressiva no que toca à responsabilidade do governante pelo futuro. No entanto, o autor revela-nos que já existe uma ética virada para o futuro. É-nos apresentada como utopia moderna que, nesta nota, reconduziremos ao pensamento de Karl Marx. No pensamento de Marx a acção realiza-se tendo em conta

A natureza a cargo do homem, como algo de que depende dele, é algo de novo com que a ética se depara. Partindo desta premissa pode-se criar uma nova exigência moral, já não baseada em nós, homens, mas que se encontraria na própria natureza que teria um direito próprio. De repente, o interesse do homem pode não ser o único pólo a ter em conta. Jonas, refere que existe actualmente uma “visão científica da natureza que a reduz à indiferença da causalidade, da necessidade e a despojou da dignidade dos fins”⁷⁵.

Apesar de o artificial ter feito desaparecer algo do natural, também é certo que a ciência - incluindo as ciências da natureza - não soube prever todas as reacções da natureza. É certo que somos marcados pela época da *razão técnico-instrumental* que trouxe várias conquistas para a humanidade e não só perdas⁷⁶, entre elas v.g aumentou o nosso grau de conhecimento. Porém, o saber, tal como a moral, ganha um novo papel sendo necessário que este seja igual à extensão do que a acção vai causar na medida que, pelos factores que já foram sublinhados, o poder do conhecimento gerou imprevisibilidade dos resultados obtidos sendo este também um problema ético novo. Reforçando uma ideia já citada, importa relembrar que mais do que o espaço contemporâneo de acção é o “futuro indeterminado que nos proporciona o horizonte significativo da responsabilidade”.⁷⁷ “A ética tem de dar instruções cada vez mais necessária à autovigilância do nosso poder desmesurado [sendo] necessária uma nova concepção dos direitos e dos deveres, algo para que nenhuma ética nem metafísica anterior proporcionou os princípios e muito menos uma doutrina.”⁷⁸

Como se retira do que atrás se afirmou, torna-se cumulativamente necessária também uma certa ideia de humildade devido ao facto de a nossa capacidade de criar ser superior à nossa capacidade de valorar e julgar as consequências.

um futuro que nem o agente, nem a vítima, nem nenhum contemporâneo irão desfrutar. “A obrigação para com o agora surge ali não do bem-estar ou da dor do mundo contemporâneo [sendo que] a ética da escatologia revolucionária vê-se a si mesma como uma ética de transição(...)” Apesar destas semelhanças, entende Jonas que a ética marxista, por se apresentar como escatológica não pode ser útil para se tornar a pedra de toque dos nossos problemas. Na verdade, a ética de Jonas será, em certo sentido, antiutópica. – Hans Jonas, como na nota 42, pag. 42 e ss.

⁷⁵ Hans Jonas, como na nota 42, pag 35

⁷⁶ E aqui teremos de remeter para tudo quanto foi dito acima sobre esta questão.

⁷⁷ Hans Jonas, como na nota 42, pag 36ss

⁷⁸ *Idem, ibidem.*

Curioso, ou talvez óbvio, é o facto de esta tendência da humanidade para a tecnologia ter *apanhado* o próprio homem, o que também exigirá certos esforços éticos. Como exemplos podemos referir, com Jonas, o *prolongamento da vida*, a possibilidade de *controlo da conduta* e a *manipulação genética*.⁷⁹ Relacionado com estas questões, acompanhamos Guilherme Costa Câmara quando recusa a ideia do autor em análise de que “a tecnologia moderna deve ser suprimida em benefício da humanidade”⁸⁰

Assim, neste esforço central da sua obra que consiste em encontrar uma ética capaz de enquadrar os problemas que hoje nos surgem, o autor leva a cabo uma interessante reformulação do imperativo categórico Kantiano, já que este à partida é visto como algo susceptível de ser encarado como uma ética para o futuro.⁸¹ Diz-nos tal imperativo: “age de modo a que possas querer que a tua máxima se converta em lei universal.”⁸² Ora, assim entendidas as coisas, a acção tem que ser pensada apenas sem autocontradição, como prática universal de uma comunidade. Porém, como aprendemos com Jonas, aqui, a reflexão fundamental da moral não é ela mesma moral mas antes lógica. Senão vejamos: “o <<poder querer>> ou o <<não poder querer>> expressa autocompatibilidade ou autoincompatibilidade lógica, não aprovação ou desaprovação moral.”⁸³ A conclusão, percebe-se, será de que não é *logicamente* mais censurável, na medida que o critério será o da autocompatibilidade, sacrificar o futuro pelo presente ou vice-versa. A diferença, claro está, é que num caso a espécie humana acaba e noutro caso não.⁸⁴ Ora, ainda seguindo esta ideia, compreende-se que desta regra de autoconcordância não se pode retirar que a felicidade deve sobrepor-se a infelicidade,

⁷⁹ Hans Jonas, como na nota 41, pag 49ss. Não nos alongaremos, infelizmente, sobre este interessante tema. Referimos, contudo, em relação à segunda questão que controlar a acção de um ser humano através do leque de opções que a medicina actual nos dá, não nos parece eticamente possível. Desarmar a humanidade (ou só algumas pessoas) do seu livre-arbítrio, retirando-lhe a sua dignidade e convertendo-a num conjunto de “sujeitos responsáveis em sistemas programados de comportamento” é algo que nunca poderíamos aceitar.

⁸⁰ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 294. No mesmo sentido, referindo que “em nome do princípio da responsabilidade é legítimo, impor uma limitação à actividade científica”, Susana Aires de Sousa, como na nota 19, pag. 691.

⁸¹ Consideramos que, chegados a este ponto, importa recordar o que foi dito na nota 73.

⁸² Hans Jonas, como na nota 42, pag 39

⁸³ *idem, ibidem*, pag 39

⁸⁴ *idem, ibidem*, pag 39. Em todo este raciocínio seguimos em termos muito próximos da citação.

ou que a moral é mais válida que a imoralidade. Concluindo esta parte dizemos que “(...) este mandamento (...) só pode ser justificado metafisicamente.”⁸⁵

Donde, para que possa ser válido quanto ao novo tipo de acções humanas, Jonas propõe que o imperativo diga: “age de tal modo que os efeitos da tua acção sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica na terra” ou, construído na negativa: “age de modo que os efeitos da tua acção não se tornem destrutivos par as possibilidades futuras dessa vida.”⁸⁶

Outra das notas diferenciadoras entre Jonas e Kant, como o primeiro afirma, é que a ética *sub analyse* “se dirige mais à política pública que ao comportamento privado, já que este não constitui a dimensão causal em que tal imperativo é aplicável.”⁸⁷ Porque dirigido ao indivíduo, mas também porque a autoconcordância da universalização hipotética da minha actuação se converte na acção por parte da pessoa, o imperativo de Kant nunca se iria converter, *de facto*, em lei universal. O imperativo proposto por Jonas apela a outro tipo de concordância: à dos seus efeitos últimos com a continuidade da actividade humana para a posteridade. Outra diferença é que a universalização que visa não é hipotética; pelo contrário, as acções submetidas ao novo imperativo têm a sua referência universal na medida real da sua eficácia.⁸⁸

Com tudo o que já se expôs, fica aberta a porta para que a “heurística do medo” seja a pedra de toque da proposta, em concreto, de Jonas. O medo, desprovido da heurística, não serve, na medida em que, na sociedade hodierna, os actos preparatórios ou iniciais de cada actividade parecem sempre inocentes. Deste modo, revela o seu primeiro dever: procurar o que os efeitos remotos produzirão e um sentimento

⁸⁵ *idem, ibidem*, pag 39

⁸⁶ *idem, ibidem*, pag 40. O autor ensaia ainda outras construções: “age de modo a que os efeitos da tua acção não sejam destrutivos para a futura possibilidade dessa vida” ou “não ponhas em perigo as condições da continuidade indefinida da humanidade na terra” ou ainda “inclui como objecto do teu querer, no presente, a futura integridade do homem”. Apesar de se debruçar sobre o pensamento Kantiano não estamos certos se o seu objectivo, como parece apontar Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, seja reformular o seu pensamento. De facto, saber se, pelo contrário, o objectivo foi criar uma nova ética é uma discussão que não poderemos ter aqui e cuja relevância para o debate, honestamente, descartamos.

⁸⁷ Hans Jonas, como na nota 42, pag 40

⁸⁸ *idem, ibidem*, pag. 40 e 41

apropriado ao representado.⁸⁹ Assim, e de forma a ajudar a humanidade a conseguir por em prática esta heurística, avança o filósofo com algumas regras que, ainda que resumidamente, importa abordar. Desde logo, a ideia de que os prognósticos maus prevalecem sobre os bons ou, dizemos nós, sobre os mais confiantes.⁹⁰ Posteriormente, o autor avança com a questão de saber se é lícito pôr em risco com a minha acção os interesses dos outros. Se à partida a resposta seria “não”, sempre dirá o autor que não será lícito apostar os interesses dos outros para se alcançar um futuro magnífico; pelo contrário, considera que se pode pôr em causa os interesses de outrem para evitar um futuro terrível. Esta ideia encontra legitimação no facto de que “(...) é possível viver sem o bem supremo mas não com o mal supremo.”⁹¹

Seguindo de perto o pensamento do filósofo alemão, chegamos, não sem antes percorrer um caminho de fundamentação bastante interessante (abordando questões como o direito ao suicídio da humanidade ou a inversão do princípio cartesiano da dúvida – questões que nos escusamos a retratar na medida que são corolários do que já abordámos) a um “dever para com a existência e para com a essência de uma

⁸⁹ No entanto, terá de se encontrar algo que, sendo fiel à já falada heurística, nos ajude a descobrir o medo na medida que na sociedade do risco não há forma de comparar, porque os efeitos são novos, estes males com quaisquer outros.

⁹⁰ Esta ideia prende-se desde logo com a questão de como corrigir os erros. Se nas acções individuais ou em relação a questões pouco relevantes ainda se pode corrigir, tal já não se apresenta como válido em relação a agentes que saltam etapas na evolução natural ou que querem encurtar ao máximo os prazos para alcançar grandes metas. Estes agentes, que têm poucas possibilidades de corrigir algo, serão por excelência as grandes empresas de tecnologia moderna. Outro argumento, que se relaciona com este, é o facto de os desenvolvimentos que a hodierna sociedade trouxe terem *vida própria* no sentido que ganham a sua própria dinâmica e podem fugir à vontade do agente. Acções em cadeia, cumulativas ou até novas que surgem duma inicial constituem, cremos, os melhores exemplos destes casos. Seguindo Jonas podemos dizer que estas acções são “irreversíveis e vão para além da vontade do agente.” Como último argumento podemos referir termos de cuidar da herança que nos foi deixada. Para cuidar dela não a podemos transfigurar, ou seja, transformá-la em algo que nunca foi (o que é diferente de modificar) ou extingui-la. Estabelecendo uma autoridade de controle, essa autoridade tem de apoiar-se na nossa evolução intramundana. Esta realidade, que não é física mas antes metafísica é o bem supremo do qual temos de cuidar porque está a nosso cargo. O dever de cuidar dele excede qualquer ganho que se possa obter porque o ganho à custa daquele bem pode ditar a sua perda definitiva – Hans Jonas, como na nota 42, pag. 71 e seguintes.

⁹¹ *idem, ibidem.*

descendência em geral”⁹² que acarreta duas cristalizações: por um lado, que haja uma humanidade *tout court*; por outro, que não actuemos de forma a que as idiosincrasias do homem mudem a ponto de este se tornar o que não é e, por isso, irreconhecível. Estas duas ideias podem ser reunidas num único imperativo categórico incondicional: “Que haja homens!” porque devem existir homens já que “este imperativo é o único que realmente é aplicável à determinação Kantiana de categórico, isto é, do incondicional [na medida que] o seu princípio não é, como o imperativo kantiano a autoconcordância da razão que dá a si mesma leis de acção (...) mas sim a ideia consistente na existência do seu conteúdo, de uns possíveis agentes em geral e que portanto é uma ideia ontológica ou, se quisermos, uma ideia de ser (...)”⁹³.

Em jeito de conclusão desta análise ao pensamento de Jonas, podemos concluir, quase naturalmente, que este é da opinião que “os instrumentos do direito são «insuficientes para lidar com os novos problemas»”.⁹⁴ O seu “extremismo ético”⁹⁵, apesar da crítica que o próprio nome transporta, teve porém algumas virtudes que, sinteticamente relembramos: a forma como descreve o que mudou na acção humana, algo que se revela importantíssimo para esta reflexão; o contributo inestimável que teve na superação da racionalidade técnico-instrumental.

1.4.3. Joel Feinberg

Antes de avançarmos na apresentação das ideias concretas deste autor cumpre, visando uma melhor sistematização desta reflexão, alertar para que, por agora, apenas iremos versar sobre o *topos* gerações futuras no pensamento de Joel Feinberg. Dizemos *por agora* já que, adiante, aquando do tratamento dos delitos cumulativos propriamente ditos, teremos que convocar novamente este autor.

Este filósofo norte-americano acreditava na existência de direitos das gerações futuras ou, de outra forma, acreditava que estas, *em si mesmas*, tinham direitos que oneravam as gerações presentes. Estes direitos “corresponderiam exactamente às nossas

⁹² *idem, ibidem*, pag 84.

⁹³ *idem, ibidem*, pag 89.

⁹⁴ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 295, em especial a nota nº 830 em que cita Frederico Stella.

⁹⁵ Giuseppe Longo *apud* Susana Aires de Sousa, como na nota 19, pag. 691.

contemporâneas obrigações de protecção ambiental”⁹⁶ v.g. e fundavam-se numa questão de justiça. No seu pensamento, é dado adquirido a posteridade da espécie humana⁹⁷. Daí que não importe a distância temporal a que se encontram essas gerações mas antes o facto de elas terem interesses, e interesses que nós, gerações actuais, podemos melhorar ou piorar.

As críticas a esta posição são variadas e todas elas põem a nu as suas fragilidades. Desde logo constata-se que atribuir direitos a pessoas não existentes será “sucumbir perante uma sombria metafísica”⁹⁸ algo que se mantém mesmo ouvindo a resposta de Feinberg quando afirma que estes direitos que se atribuem ao futuro são direitos condicionados isto é, que só existirão quando esse futuro chegar.⁹⁹ Podemos concordar com as críticas de Guilherme Costa Câmara quando afirma que ter interesses é uma “condição necessária para se ter direitos mas não suficiente” (não sendo difícil excogitar outros requisitos), bem como quando aponta que o facto de as gerações futuras virem a ter direitos no futuro não significa que os possam exigir no presente.¹⁰⁰ Neste mesmo sentido, e referindo-se já à tutela penal, afirma Rafael Alcácer Guirao que “não se pode legitimar essa protecção desde a consideração axiológica da sobrevivência das gerações futuras, as quais, enquanto futuras, impedem que se instaure esse sinalagma recíproco entre a liberdade intersubjectiva de organizar a própria autonomia e a responsabilidade pelas consequências para a liberdade alheia.”¹⁰¹

Não parece, de facto, convincente afirmar, como já se fez, que as gerações futuras se encontrariam representadas por grupos ambientais e/ou de que o seu direito perante as gerações presentes seja um direito condicionado. Tal parece totalmente injustificado na medida que é “tanto lógica como fisicamente impossível para as

⁹⁶ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag 286.

⁹⁷ Desde logo sempre se poderá questionar que a posteridade esteja garantida nos termos em que a conhecemos. Não só a cultura ou o meio que nos envolve (que como sabemos e aceitamos, vão mudando ao longo da história), mas também e principalmente questões como a manipulação genética ou do meio ambiente entre outros problemas levantam dúvidas interessantes no seio deste tema.

⁹⁸ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 287.

⁹⁹ *Idem, ibidem.*

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*, pag. 288

¹⁰¹ Rafael Alcácer Guirao, como na nota 31, pag. 16.

gerações futuras delegar a protecção dos seus direitos a alguém que actualmente se encontre vivo.”¹⁰²

Interessante é a tendencial diferença de abordagem que Feinberg faz, quando comparado com Jonas, acerca da possibilidade de existir um direito ou, talvez de forma mais correcta, uma obrigação, referida às gerações presentes, de garantir as gerações futuras. O filósofo americano refere a possibilidade, meramente académica, de os homens da terra estabelecerem entre si que não se iria procriar mais como forma de suicídio da espécie humana, como algo que apesar de lamentável não lesaria o direito de qualquer pessoa.¹⁰³ Por seu turno, o autor alemão, partindo da questão “terá a humanidade direito ao suicídio?” refere que sim, que este dever existe na medida em que nunca se pode por a essência do homem no futuro em risco.

Concluindo estas curtas notas, referimos, a título de declaração de interesses, e acompanhados por Guilherme Costa Câmara¹⁰⁴, que devemos considerar que a tutela das gerações futuras sempre se terá de fazer através do presente¹⁰⁵ tutelando, e muitas das vezes consciencializando preventivamente através das estruturas de controlo social – rejeitando desde já a carga negativa que muitas das vezes vem com esta expressão -, áreas tão distantes, mas ao mesmo tempo tão próximas, como o ambiente, a manipulação genética, a contínua revolução informática *et cetera* de forma suficiente para não permitir tragédias humanitárias mas de forma a que também não se paralise o avanço da humanidade.

2. Direito penal – uma primeira, e curta, abordagem

No plano que traçámos para a nossa reflexão cumpre agora, numa primeira aproximação à figura dos delitos cumulativos, abordar o direito penal de um plano mais geral, mas decisivo, na medida em que trataremos de dar conta da questão *existencial* (que que tantas páginas inspirou nesta nossa era) de saber se ao direito penal caberá alguma função ou, para não sermos mal interpretados, algum papel na tutela dos novos

¹⁰² Beckerman e Pasek *apud* Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag 288

¹⁰³ *Idem, ibidem*, pag 287 e 288.

¹⁰⁴ *Idem, ibidem*, pag. 288 e 289. Adiantando a ideia de solidariedade.

¹⁰⁵ Acreditamos que o que já vai dito faz com que não seja necessário alongar muito estas considerações

riscos. Estas dúvidas são colocadas por uma sociedade que tende a pedir que seja o direito penal a solucionar todas as questões susceptíveis do mínimo conflito social¹⁰⁶, algo que se confunde com o populismo e com a demagogia barata dos nossos dias. Como alerta Herzog, “se por uma só vez se permite a entrada da política criminal no terreno da luta contra a (...) desorientação social (...) então a arma do direito penal se embruteceria” lembrando, com Radbruch, que “não há que ir-se em busca de um direito penal melhor mas procurar algo melhor que o direito penal.”¹⁰⁷

De tudo quanto tivemos oportunidade de referir até esta altura, com especial relevo para o que mudou na acção humana se pode facilmente concluir que o direito penal frustra os seus fins enquanto permanecer fiel à fórmula *Caim matou Abel logo tem a pena x*.

Importa saber se a função do direito penal, de tutela subsidiária de bens jurídicos, pautado por uma não-intervenção moderada em que o Estado só interviria quando fosse absolutamente necessário - levando a que se fale de um direito de *ultima ratio* - pode conservar-se ou se, pelo contrário, este paradigma que herdámos do movimento Iluminista Penal, assente no modelo contratualista de Rosseau, está ultrapassado e exige uma mudança que, acreditamos, iria na maior parte das situações desembocar numa “actividade legislativa temperamental [caindo] numa política criminal emotiva”¹⁰⁸

Iremos analisar algumas propostas que tentam solucionar o problema. Porém, antes disso, importa fazer algumas considerações prévias.

Como posição de princípio, assumimos que o papel que caberá ao direito penal será, como sempre foi, de *ultima ratio* ao contrário dos que defendem que a “(...)

¹⁰⁶ O tema é bastante tentador mas apenas teremos possibilidades de referir que acreditamos que a consciencialização dos seus direitos por parte das pessoas, temperada, em alguns casos, com um excesso de reivindicação – porventura, pelo desajustado sentimento, cada vez mais usual, de tomar como pessoal os problemas sociais -, com um acesso à informação que apesar de em potência poder ser pleno nos dias que correm será, na prática, sempre parcial (quer no sentido de incompleto, quer no sentido de subjectivo) e finalmente com uma tendência do pensamento de massas de levar ao extremo máximo o brocardo *dura lex sed lex* faz com que se procure no direito penal a panaceia para todos os males.

¹⁰⁷ Félix Herzog, *Algunos riesgos del derecho penal del riesgo*, retirado de <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/65/60>, pag. 54 e 55.

¹⁰⁸ Félix Herzog, como na nota 107, pag. 54 e 55

atribuição, sem reboços, ao direito penal de uma função promocional e propulsora de valores orientadores da acção humana na vida comunitária [é] a única via que se revelaria adequada aos desafios formidáveis da sociedade do risco.”¹⁰⁹ Com isto podemos parecer favoráveis às posições que defendem a ideia de que ao direito penal não cabe nenhum papel na sociedade do risco. Sem confusões: do que se trata é simplesmente de não embarcar no já referido populismo que pede mais penas e mais duras. Diremos apenas que consideramos que há um papel reservado ao direito penal. Como nos ensina Figueiredo Dias, que “(...) o problema da intervenção penal é (...) um problema de *ordenação* (e de *defesa*) *social*; concretamente, o de oferecer o seu contributo para que os riscos globais se mantenham dentro de limites ainda comunitariamente suportáveis e, em definitivo, não ponham em causa os fundamentos naturais da vida.”¹¹⁰ A intervenção do direito penal será sempre, neste campo como nos outros, lacunosa, fragmentária e subsidiária. Haverá, face ao direito penal, ofensas admissíveis e ofensas inadmissíveis, sendo que a tutela penal só se ocupará destas últimas. A ponderação do que é inadmissível, e por isso digno daquela tutela, é uma tarefa que comporta um binómio interessante: por um lado interpela o legislador penal; mas por outro este não pode responder sozinho. Podemos relembrar o conceito de *sub-política* de que nos falava Ulrich Beck¹¹¹ para terminar dando de novo razão a Figueiredo Dias quando considera que “aquela ponderação só pode caber ao direito administrativo e aos agentes competentes para a sua aplicação (...) o que conduz à conclusão de que a (...) *acessoriedade administrativa* se apresenta neste domínio como absolutamente necessária (...).”¹¹²

Daremos de seguida conta de duas formas extremadas de pensar a questão: uma que rejeita totalmente qualquer papel do direito penal e outra que pretende funcionalizá-lo às novas exigências. No entanto, quando tratarmos *infra* do tema do bem jurídico abordaremos propostas que implicam uma nova forma de actuar do direito penal. Como se verá, esta é uma das características do conceito de bem jurídico: a forma como o pensamos tem influência directa na forma como o direito penal é pensado.

¹⁰⁹ Figueiredo Dias, como na nota 2, pag. 590

¹¹⁰ Figueiredo Dias, como na nota 33, pag. 1128

¹¹¹ Ulrich Beck, como na nota 18.

¹¹² Figueiredo Dias, como na nota 33, pag. 1129

2.1. Funcionalizar o direito penal

Ao contrário do pólo que se mantém fiel a um direito penal clássico, *negando* a tutela de *ultima ratio* às *novas lesões e aos novos riscos*, de que cuidaremos de seguida, o extremo que ora analisamos pugna por um “direito penal absolutamente funcionalizado às [recentes] exigências”¹¹³. “Se o delito é contemplado como um risco social é razoável que, ao afrontá-lo, se tenham em conta critérios seguidos para a gestão de outros riscos.”¹¹⁴

Esta forma de solucionar o problema levaria a uma modificação total da concepção de Estado que conhecemos. Na verdade, ela “aspira a constituir-se em fundamentação de um novo discurso sobre a legitimação do Estado e do poder punitivo”¹¹⁵ em que a produção legislativa estaria cada vez mais a cargo do poder Executivo, havendo uma administrativização do direito penal.¹¹⁶ Pautar-se-ia também por uma antecipação da tutela penal, levada ao extremo de, pensamos, se perder a ligação entre a conduta a punir e o bem jurídico lesado, bem como um enfraquecimento dos princípios que são hoje os pilares constitucionais da aplicação da lei criminal. Numa palavra: haveria uma “extensão do âmbito da tutela penal em assumida contradição com o princípio político-criminal da intervenção mínima ou moderada.”¹¹⁷ Acompanhando a síntese de Pedro Caeiro diremos que “o objectivo da decisão das instâncias de controlo é a redução dos danos globais inerentes ao crime através de uma adequada redistribuição dos riscos, tanto no plano da prevenção como no plano da repressão.”¹¹⁸ Para lograr tal objectivo, tal corrente redescobre a inocuização como fim da pena, ideia que nunca abandonou, segundo Silva Sánchez, a discussão norte-americana.¹¹⁹ Assim, esta tendência, que se pauta por uma lógica de custo-benefício, na hora de atribuir consequências jurídico-penais a certo comportamento, abdica da compreensão de todo o

¹¹³ Figueiredo Dias, como na nota 2, pag. 596.

¹¹⁴ Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, pag. 157.

¹¹⁵ Pedro Caeiro, *Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema*, in, *RMP* 84, 2000, pag.44

¹¹⁶ Ideia forte do pensamento de Silva Sanchez quanto a esta questão e que podemos encontrar na obra citada na nota 114.

¹¹⁷ Figueiredo Dias, como na nota 2, pag 597

¹¹⁸ Pedro Caeiro, como na nota 115, pag. 44

¹¹⁹ Silva Sánchez, como na nota 114, pag. 158.

contexto imanente e transcendente ao indivíduo e usa o método da *actuarial justice* “de modo que o delito passa a ser abordado com as mesmas técnicas probabilísticas e quantitativas que se usam no âmbito dos seguros”.¹²⁰ Reforçando a ideia: este modelo de racionalidade surge-nos aqui na forma de uma razão calculadora “cujo propósito não seria mais o de actuar sobre o comportamento de pessoas individuais, propondo-se definir a sua responsabilidade, fazendo os culpados pagar pelos seus crimes ou transformando-os, mas o de regular certos grupos (...) como parte de uma estratégia de gestão dos riscos”¹²¹. Ora, este “(...) *fetichismo da gestão eficiente do sistema*”¹²² consiste, sem tirar nem pôr, num levar ao extremo a razão técnico-instrumental que analisámos em 1.2. e onde considerámos urgente a sua superação.

Entre os autores que optámos por seguir quanto a esta questão, é consensual a insuficiência desta razão para se erigir em modelo de conduta para pessoas individuais ou colectivas, bem como para legitimar qualquer modelo democrático. De facto, “a ideia de eficiência não tem capacidade para se constituir em base de legitimação autónoma do sistema jurídico-penal”¹²³, ao contrário do que parecem acreditar certas correntes norte-americanas “também denominadas – graficamente – de *managerial or administrative criminology*.”¹²⁴

Olhando as implicações desta concepção para o direito penal, percebemos que, caso continuássemos a persistir nesta razão, que relembre-se, nos trouxe até a discussão destes problemas, facilmente cairíamos nas seguintes consequências: abandono do direito penal do bem jurídico e da sua base de legitimação. Assim, torná-lo-íamos promotor de fins de pura política estadual ao usá-lo como instrumento de *governo* da sociedade o que terminaria com o fim da linha que separa direito penal e direito administrativo.

¹²⁰ *Idem, ibidem* pag. 160 e 161. Segundo o autor, esta tendência “experimentou um auge considerável, a partir de dois fenómenos: um, legislativo, a proliferação das leis *three strikes*; o outro, doutrinal, a difusão das teorias da inocuidade selectiva (*selective incapacitation*).” – Silva Sánchez, como na nota 114, pag. 158.

¹²¹ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 139

¹²² Pedro Caeiro, como na nota 115.

¹²³ Pedro Caeiro, como na nota 115, pag. 44

¹²⁴ Silva Sánchez, como na nota 114, pag. 161.

Perto de concluir este ponto, importa dizer que este – assumamos - perigoso caminho não se encontra assim tão longe, pelo menos nalguma *vox populi*, na medida em que cada vez mais se vão exigindo algumas medidas estigmatizantes para certos grupos de pessoas. Campos como a pedofilia ou tráfico de droga são pretextos para que apareçam defensores deste tipo de justiça, que logo aproveitam para estender esta lógica argumentativa a comportamentos que nem à luz da ética se apresentam censuráveis, antes constituem preconceitos com assento milenar.

Finalmente diremos que, enquanto na proposta *conservadora* de manter o direito penal clássico ainda se vislumbra, como veremos de seguida, a *romântica* intenção de regressar ao “velho e bom direito penal liberal”¹²⁵, porventura ignorando que “a verdadeira imagem do direito penal do século XIX não é a que alguns tentam divulgar nos nossos dias”¹²⁶ a persistência na razão técnico-instrumental revela um perigo para algumas das mais importantes conquistas que a humanidade foi obtendo.

2.2. A recusa do direito penal na sociedade do risco

“A escola penal de Frankfurt transpôs o conceito de sociedade do risco para o direito penal, procurando discutir a legitimidade de um direito penal do risco”¹²⁷ sendo que as suas conclusões são claras: exige-se a preservação da herança do Iluminismo Penal, guardando o seu “âmbito de tutela e os seus critérios experimentados de aplicação”¹²⁸ e, se possível, reforça-se a concepção antropocêntrica do bem jurídico-penal, entendida como algo que só se pode falar quando estejam em causa interesses que sejam expressão do indivíduo.

Convocaremos algumas ideias postuladas por Hassemer e por Herzog, autores marcantes da citada escola alemã, para compreender as traves mestras deste pensamento que, refira-se desde já, também se apresenta radical. Partindo da ideia de que o direito penal, nas suas ideias fundamentais, vive estável desde há vários séculos, consideram que o direito penal não tem de mudar, ainda que reconheçam que este se tem estendido

¹²⁵ A expressão é de Silva Sánchez, como na nota 114, pag. 165.

¹²⁶ *Idem, ibidem.*

¹²⁷ Susana Aires de Sousa, *Os crimes fiscais*, pag. 204.

¹²⁸ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 119.

a novos âmbitos¹²⁹ (meio ambiente, drogas, economia...). Hassemer, partindo duma ideia que denomina como *dialéctica do moderno*, querendo com isso caracterizar um direito penal que se “converteu em contraproducente e anacrónico”¹³⁰ refere que a moderna política criminal se esqueceu das formas típicas de conduta e de determinação de bens jurídicos que pautavam o direito penal tradicional. No que a este último ponto em concreto diz respeito, o autor em análise refere que “a protecção de bens jurídicos converteu-se num critério positivo para justificar decisões criminalizadoras [sendo que] o que classicamente se formulou como um conceito crítico, para que o legislador se limitasse à protecção de bens jurídicos, converteu-se numa exigência para que penalize certas condutas transformando-se sub-repticiamente a função que originariamente lhe cabia.”¹³¹ Outra das marcas deste direito penal que visa conter os novos riscos, avisam, é o exagerado número de crimes de perigo abstracto, bem como a desmaterialização do conceito de bem jurídico. Neste sentido, alerta Herzog que “quando não se exige um resultado, nem sequer uma acção concreta de perigo, mas antes para afirmar a responsabilidade jurídica penal bastam acções meramente arriscadas, desaparecem as fronteiras entre a natureza repressiva e reactiva do direito penal e a função preventiva e proactiva da polícia, criam-se crimes de desobediência e impede-se o desenvolvimento de formas alternativas de controlo social.”¹³² . Este cenário levará a que “a determinação do injusto na lei penal se dilua, aumentando e flexibilizando as suas potencialidades de aplicação [sendo que, pelo contrário] diminuam as possibilidades de defesa e também de crítica aos excessos do legislador.”¹³³ Neste *discurso* que se vem assumindo, o direito penal “não vale tendencialmente como *ultima*, mas como *prima* ou inclusivamente como *sola ratio*”¹³⁴ tendo-se convertido num *soft law*, num meio de direcção social.”¹³⁵

A imprestabilidade do direito penal para tutelar estes riscos manifesta-se, de forma única, no pensamento de Herzog. Chegando à conclusão final de que o direito

¹²⁹ Winfried Hassemer, *Perspectivas del derecho penal futuro*, in *RP*, nº 1 (1997), pag 37.

¹³⁰ Winfried Hassemer, *Persona, Mundo y Responsabilidad*, pag. 40.

¹³¹ Winfried Hassemer, como na nota 130, pag. 47.

¹³² Félix Herzog, como na nota 107, pag. 54 e 55. Quanto a este ponto, o autor considera inclusivamente que os delitos de risco são um passo na direcção de um Estado de Polícia.

¹³³ Winfried Hassemer, como na nota 130, pag. 37 e 38.

¹³⁴ Winfried Hassemer, como na nota 129, pag 38.

¹³⁵ Winfried Hassemer, como na nota 130, pag 51.

penal do risco não cria paz social nenhuma e que, por isso, para tutelar os novos riscos e manter o direito penal como tutela de *ultima ratio* é necessário “reforçar a criatividade colectiva na superação das crises”¹³⁶, o autor descreve uma espécie de ciclo vicioso em que “ainda que a intervenção jurídico penal não mude nada, deixamo-nos levar pela imaginária percepção de que o problema está na dose: mais leis, mais severas e uma execução implacável endireitariam as coisas.”¹³⁷ Numa palavra: parece haver a predisposição de criar um direito penal simbólico, com penas demasiado duras. Hassemer *acrescenta* que “as teorias da prevenção geral positiva como ainda se apegam à ideia de que a pena é útil preventivamente (...) são compatíveis”¹³⁸ com o ambiente que vem rodeando o direito penal.

Todos os exemplos referidos parecem contribuir para colocar, segundo a corrente em análise, o direito penal ao serviço de uma população amedrontada.¹³⁹ O caminho que liga esta ideia e o tornar o direito penal instrumento nas mãos das opções de política criminal, descaracterizando-o da sua vertente garantística, far-se-ia num passo.¹⁴⁰

2.2.1. *Interventionsrecht* de Hassemer

O que pudemos expor do pensamento deste Magistrado do Tribunal Constitucional Alemão poderia levar à conclusão de que não apresenta nenhuma proposta. Porém, não seria rigoroso dizê-lo. Na verdade, o autor que serve de epígrafe a este ponto, critica, se bem analisamos o seu pensamento, a postura da “Escola de Frankfurt” pois considera-a “(...) defensiva e negativa face às exigências político-criminais [que vêm surgindo para resolver os novos problemas] de incrementar a eficiência preventiva do direito penal à custa do Estado de Direito”¹⁴¹, referindo ainda que o direito penal *tradicional*¹⁴² não é nenhum castelo que precise de defesa, mas antes um problema de ordenação social que tem de incorporar as circunstâncias gerais do

¹³⁶ Félix Herzog, como na nota 107, pag. 57.

¹³⁷ *Idem, ibidem*, pag. 56.

¹³⁸ Winfried Hassemer, como na nota 129, pag. 38 e 39

¹³⁹ Como não recordar Beck quando nos diz que a frase da sociedade do risco é: “Tenho medo!”

¹⁴⁰ Paulo Silva Fernandes, *Globalização, “sociedade do risco” e o futuro do direito penal*, pag.73

¹⁴¹ Winfried Hassemer, como na nota 129, pag.40

¹⁴² Aceitamos a crítica de que o termo pode não ser o mais rigoroso. Porém, refere-se ao direito penal tal qual o compreendemos de raiz iluminista. No entanto, convém referir que o termo é frequentemente utilizado por Hassemer.

mundo que vão mudando, tal como acontece com as políticas-jurídicas. Mais do que refutar argumentos é necessário trazer algo de novo ao debate.¹⁴³

Neste esforço, e depois de recusar o que denominou por solução abstracta (algo que redundaria no uso de uma cláusula de “perigosidade social” como “regulador subtil e flexível” na medida em que este conceito geral iria produzir “uma praxis absolutamente insuportável desde o ponto de vista normativo”¹⁴⁴) o autor avança com a sua *solução concreta*.

A proposta do penalista alemão, é o próprio quem o afirma¹⁴⁵, terá ainda de ser desenvolvida. Porém, adianta que passaria por manter *inalterado* o direito penal clássico, que continuaria a referir-se a bens jurídicos individuais e a colocações em perigo graves, tomando Hassemer posição, ao afirmar que é da opinião “de que em direito penal, sendo aquele que mais incide sobre a liberdade humana, os bens jurídicos universais devem ser precisados do melhor modo possível, e funcionalizados do ponto de vista dos bens jurídicos individuais.”¹⁴⁶ Paralelamente, devia ser criado um “direito de intervenção”¹⁴⁷ para tratar de forma adequada os novos problemas que interpelam os ordenamentos jurídicos. Esta tarefa seria feita libertando o direito penal das exigências que há pouco referimos. Para esse efeito, dever-se-ia “atirar para fora do âmbito do direito penal clássico os modernos sectores e inseri-los no âmbito do direito penal extravagante; (...) para não sobrecarregar o direito penal clássico regular-se-ia este direito de intervenção”¹⁴⁸ que seria menos rígido no que toca à protecção dos cidadãos face ao poder punitivo e que ficaria “situado entre o direito penal e o direito sancionatório administrativo, entre o direito civil e o público, com um nível de garantias e formalidades processuais inferiores ao direito penal, porém também com menos intensidade nas sanções que possam impor-se aos indivíduos.”¹⁴⁹ As características deste direito seriam: aptidão para solucionar os problemas antes que surjam os danos

¹⁴³ Winfried Hassemer, como na nota 129, pag 40

¹⁴⁴ Winfried Hassemer, como na nota 130, pag. 66 e 67.

¹⁴⁵ Winfried Hassemer, como na nota 129, pag. 40.

¹⁴⁶ Winfried Hassemer, como na nota 130, pag. 67 e 68. A questão do bem jurídico será tratada com mais pormenor adiante.

¹⁴⁷ Winfried Hassemer, como na nota 129, pag. 40 e 41.

¹⁴⁸ Paulo Silva Fernandes, como na nota 140, pag. 77.

¹⁴⁹ Winfried Hassemer, como na nota 130, pag. 72

através de uma autonomia não só sobre os meios de actuação mas também sobre os de controlo e direcção; cooperação de linhas que estavam afastadas, como o direito administrativo, as infracções administrativas, o direito sanitário, direito fiscal...

Num tom crítico, podemos adiantar que também esta proposta não merece o nosso apoio, na medida em que as críticas que fizemos à extensão do direito penal, as considerações que tecemos no que toca à forma como o direito penal deve intervir (e que de certa forma iam ao encontro de muitas das questões que o próprio Hassemer problematiza na preparação da sua proposta) se aplicam ao “direito de intervenção”. Haveria sem dúvida uma inversão intolerável do princípio de *ultima ratio* bem como o colocar em risco do princípio da proporcionalidade, entre outros problemas.

Figueiredo Dias refere que “a preconizada transferência da função de tutela jurídico-penal, para o âmbito administrativo, nele incluído o direito administrativo sancionatório, porventura sob uma forma reforçada como a que é hoje preconizada”¹⁵⁰, tem de ser entendida de forma a possibilitar uma acessoriedade administrativa e não como atribuindo ao direito administrativo a tutela, através de sanções administrativas, das lesões inadmissíveis de bens jurídicos.

3. Conclusões intermédias

Chegou agora a altura de em jeito de conclusão, apoiada por alguns juízos sobre tudo o que já tivemos oportunidade de referir, retirar as notas essenciais deste primeiro capítulo.

Começámos por nos situar, dizendo que somos contemporâneos da denominada sociedade do risco que abalou todas as estruturas que dávamos como adquiridas e seguras e trouxeram novos riscos como por exemplo, e dando exemplos ainda não mencionados, “o desenvolvimento de armas nucleares, a diminuição da camada do ozono e o aquecimento global do planeta, a destruição de ecossistemas em grande escala (...) os grandes interesses económico financeiros.”¹⁵¹

¹⁵⁰ Figueiredo Dias, como na nota 2, pag 596

¹⁵¹ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 202.

Estes novos riscos apresentam-se com uma capacidade destrutiva sem paralelo, redefinem a forma como muitos dos bens jurídicos passam a ser violados e apresentam-se indefinidos no tempo e no espaço.

Estas foram algumas das consequências duma razão técnico-instrumental que pilotou a humanidade até ao ponto de chegada em que nos encontramos agora. Caracterizámos esta razão e percebemos que, na esteira de Anselmo Borges, é necessário superá-la reconhecendo os méritos que ela desenvolveu.

Tivemos ainda a oportunidade de perceber que com todas estes problemas, algo tinha mudado na ética, bem como na acção humana. Concretamente ficámos a saber que já não podemos contar com uma ética vocacionada exclusivamente para o presente; e que os curtos lapsos temporais em que se manifestavam os efeitos da acção humana deixaram de ser um dado adquirido. Como decorrência inevitável desta ideia, e porque os riscos ameaçam a própria espécie humana, surgiu a necessidade de se introduzir o *topos* gerações futuras, como problema sobre o qual era urgente reflectir.

Todos estes problemas não podiam passar à margem do direito em geral, e do direito penal em particular, na medida que todo o património da Ilustração se revela, num ápice, questionável para fazer frente a estes riscos. Na verdade, eles apresentam-se como algumas das questões mais debatidas dos últimos anos sendo que, por isso, era importante tomar nota de algumas posições bem diferentes na sua génese mas, porventura, bem iguais nos seus efeitos.

Pudemos dar conta de um lado de uma perspectiva que Pedro Caeiro caracterizou, lapidariamente, de “fetiche da gestão eficiente do sistema”¹⁵² e que visa um novo modelo de organização estadual, com mais (para usar um termo eufemístico) *responsabilidade* para o poder Executivo e onde a tutela penal se enquadrará numa lógica radical de prevenção e controlo dos riscos. É uma posição perigosa e que acode aos desejos securitários que ecoam na sociedade. Urge não esquecer, citando Anabela Rodrigues, que “o aumento de demanda de segurança, relativiza a demanda de liberdade”¹⁵³

¹⁵² Pedro Caeiro, como na nota 115.

¹⁵³ Anabela Rodrigues *apud* Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 28.

Noutro extremo, desenvolvemos a posição geralmente atribuída à “Escola de Frankfurt” que recusa um papel do direito penal nos novos riscos sempre defendendo que aquele frustrará todas as suas virtudes do direito penal Iluminista. Mas mais do que isso: apegam-se a uma ideia de bem jurídico individual e afirmam que, não é ao direito penal que caberá tutelar os novos problemas. Deste modo, criticam claramente qualquer ideia de antecipação da tutela penal e temem pela violação de princípios basilares, entre nós constitucionalmente plasmados, do direito penal. Apesar de toda esta recusa, Hassemer, como vimos, avança com uma proposta que, sintetizando, remeteria estes riscos para o direito administrativo.

Dito isto, e sem contradição, concluímos com uma semelhança entre as duas propostas. Alerta-nos Figueiredo Dias quando reflecte sobre a proposta que pugnava pela gestão eficiente dos riscos que reapareceria aqui o tão apregoado *Estado-Intervenção*, o mesmo que a “Escola de Frankfurt” também advoga, “desde que ele seja radicalmente afastado do campo do direito penal e exclusivamente imputado ao âmbito do direito administrativo.”¹⁵⁴

Urge assim tomar uma posição sobre esta questão nuclear. Tentemos ser claros: também nós concordamos que ao direito penal cumprirá uma palavra sempre de *ultima ratio* e que, recuperando a frase de Radbruch, “não há que ir-se em busca de um direito penal melhor mas procurar algo melhor que o direito penal.”¹⁵⁵ Esta ideia, diga-se, retirar-se-ia desde logo da afirmação transmitida por Figueiredo Dias de que “para uma eficaz prevenção e controlo do crime a lei criminal não deve fazer mais, mas *menos*.”¹⁵⁶ Aceitamos e defendemos que um papel central terá de caber à autoregulação social no que toca a muitos dos novos problemas em que nos debruçamos. Mas isto é uma coisa; outra, completamente diferente, é aceitar que na tutela dos novos riscos que ameaçam, *in extremis*, a população terrestre, só há espaço para aquele papel central. Diga-se, a propósito, que a sociedade vai dando sinais de querer reagir: seja através da proliferação de organizações que visam a tutela do ambiente, dos animais ou dos direitos humanos; seja através de actos administrativos e regulamentos que visam estancar e regular alguns dos possíveis riscos; seja ainda, talvez em resultado da própria revolução informática,

¹⁵⁴ Figueiredo Dias, como na nota 2, pag 598

¹⁵⁵ Félix Herzog, como na nota 107, pag. 55.

¹⁵⁶ Figueiredo Dias, *Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente*, in *RDE 4 (1978)*, pag. 6 em especial a nota 8.

porque o maior acesso à informação também tem as suas virtudes e permite o despertar de algumas consciências. No entanto, haverá sempre violações inadmissíveis e estas devem ser tuteladas pelo direito penal. Recusar-lhe um papel na tutela de lesões em massa é, entenda-se, uma “inconsiderada e temerária recusa à própria natureza dinâmica da vida, recusa em reconhecer o surgimento de emergentes realidades delitivas, que têm como nota característica uma notável aptidão para afectar bens e interesses comunitários de primeira grandeza (supraindividuais)”.¹⁵⁷ Tal reconhecimento não o faz a Escola de Frankfurt já que “não tem em conta as dimensões das distintas potencialidades de lesão de uma determinada sociedade em função do seu estágio tecnológico [dando prioridade] à mais absurda apetência do indivíduo egoísta.”¹⁵⁸ Torna-se essencial, como não poderia deixar de ser, que esses valores sejam tomados como imprescindíveis pela comunidade já que o “direito penal só protege os bens ou valores que, em uma determinada comunidade e também em determinado momento, constituem o mínimo ético que não pode ser, nem mais, nem menos, do que o núcleo duro dos valores que a comunidade assume como seus, e cuja protecção permite que ela e todos os seus membros, de forma individual, encontrem pleno desenvolvimento em paz e tensão de equilíbrio estável.”¹⁵⁹

É neste cenário que surge a figura dos delitos cumulativos como uma forma de responder a alguns destes problemas. Estes, já vimos, escapam a uma tutela no seio do direito penal que legitimámos e que nasceu fruto de uma difícil conquista da humanidade, pelo que aprofundar aquela *nova* figura será um exercício essencial para que possamos ensaiar uma resposta para os novos problemas. É o que faremos de seguida.

¹⁵⁷ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 33.

¹⁵⁸ Schünemann, *apud* Rafael Alcácer Guirao, como na nota 31, pag. 12.

¹⁵⁹ Guilhemre Costa Câmara, como na nota 56, pag. 35 *apud* Faria Costa, *O perigo em direito penal*, pag. 302.

CAPÍTULO II

*Delitos cumulativos: principais notas, perspectivas de
fundamentação e possíveis críticas*

1. Crimes cumulativos

Após o capítulo I, em que se pretendeu apresentar o contexto social, filosófico e jurídico que nos trouxe até à problematização dos delitos cumulativos, cabe agora deter a nossa atenção sobre esta figura que se revela, porventura, o principal foco desta reflexão.

Uma das principais notas destes delitos cumulativos é o facto de tutelarem, única e exclusivamente, bens jurídicos colectivos.¹⁶⁰ Na verdade, se só se pode falar de delitos cumulativos quando se visa tutelar um bem jurídico colectivo, o inverso já não se apresenta como verdadeiro ou seja, pode haver uma tutela de bens jurídicos colectivos sem ser através de delitos cumulativos. Esta é uma afirmação de fácil apreensão se pensarmos, por exemplo, no tipo legal do artigo 360º do CP¹⁶¹ em que “o bem jurídico protegido (...) é essencialmente a realização da justiça ou administração da justiça como função do Estado.”¹⁶²

O facto de, na grande maioria dos casos¹⁶³, para se lesar bens jurídicos colectivos, não ser suficiente uma conduta individual, sendo necessário os contributos de várias pessoas, torna imperioso que a doutrina penal reflecta “sobre questões fundamentais da dogmática penal, a saber, a suficiência dos critérios de imputação próprios do direito penal para a tutela dos novos bens jurídicos colectivos e,

¹⁶⁰ Guardaremos para mais adiante uma análise à figura dos bens jurídicos colectivos.

¹⁶¹ Artigo 360.º

Falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução

1 - Quem, como testemunha, perito, técnico, tradutor ou intérprete, perante tribunal ou funcionário competente para receber como meio de prova, depoimento, relatório, informação ou tradução, prestar depoimento, apresentar relatório, der informações ou fizer traduções falsos, é punido com pena de prisão de 6 meses a 3 anos ou com pena de multa não inferior a 60 dias.

2 - Na mesma pena incorre quem, sem justa causa, se recusar a depor ou a apresentar relatório, informação ou tradução.

3 - Se o facto referido no nº 1 for praticado depois de o agente ter prestado juramento e ter sido advertido das consequências penais a que se expõe, a pena é de prisão até 5 anos ou de multa até 600 dias.

¹⁶² A. Medina de Seíça, comentário ao artigo 360.º do Código Penal, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial, Tomo III*, pag. 460 e ss.

¹⁶³ Claro que da realidade podemos sempre extrair casos em que uma só acção pode lesar bens jurídicos colectivos. Em sentido semelhante: Kuhlen *apud* Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag 337.

simultaneamente, o desenho ou a arquitectura dos delitos que tutelam aqueles bens.”¹⁶⁴ As acções em si mesmas consideradas são inofensivas, mas o potencial lesivo, quando praticado por várias pessoas, é imenso; usualmente exemplifica-se este tipo de delitos com o caso em que se uma pessoa urinar no rio, essa conduta não é susceptível de contaminar as águas do rio, já que este conseguirá, por si, neutralizar os efeitos nocivos de tal acção; no entanto, se forem várias as pessoas a urinar, os efeitos poderão ser irreversíveis.¹⁶⁵ Pelo facto de “a tutela penal do ambiente [ser], por tradição, o campo experimental dos delitos cumulativos”¹⁶⁶ apresentando-se estes como uma das formas possíveis para tutela penal das gerações futuras¹⁶⁷, na medida em que apresentam “uma lógica que se harmoniza com a hodierna tendência em orientar o direito penal para o futuro, isto é, para os riscos e ameaças forjados no decurso do processo de modernização da civilização tecnológica”¹⁶⁸, não será de estranhar que a maioria dos referentes práticos que mobilizaremos para a nossa reflexão sejam de índole ambiental.

“Coube a Kuhlen um papel fundamental na introdução desta categoria no discurso dogmático. A propósito das incriminações em matéria ambiental e, em concreto, através da análise do § 324 do StGB (*Gewässerverunreinigung*), o autor chegou à conclusão de que o tipo abrange actos concretos que, contemplados em si

¹⁶⁴ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 226.

¹⁶⁵ A título de curiosidade cumpre deixar nota de que até este exemplo *clássico* desta matéria pode ver-se desactualizado perante os avanços da ciência. Para tal, *basta* que se comprovem as conclusões que o sítio *Central Science* avançou recentemente. Resumidamente diz o citado sítio que urinar no mar, pode trazer mais vantagens do que desvantagens.

¹⁶⁶ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 227. Rafael Alcácer Guirao refere que o meio ambiente funciona de modo duplo na tutela das gerações futuras: por um lado, ele é um interesse sobre o qual as gerações presentes se preocupam; por outro, com a protecção do meio ambiente também se assegura a protecção das gerações futuras, já que a manutenção de um meio ambiente condigno com a existência humana na terra, para usar uma linguagem próxima de Jonas, protege também o futuro. Avança o autor então com a conclusão de que “parece evidente que o direito penal, na medida que protege o bem jurídico meio ambiente, protege de facto os interesses das gerações futuras” – Rafael Alcácer Guirao, como na nota, 31, pag. 2.

¹⁶⁷ Rafael Alcácer Guirão afirma que os delitos cumulativos “foram introduzidos recentemente na discussão político-criminal da protecção do meio ambiente, como único mecanismo efectivo para proteger *directamente* o meio ambiente e, com ele, as condições de vida das gerações futuras” – Rafael Alcácer Guirao, como na nota 31, pag. 9.

¹⁶⁸ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 339.

mesmos, não lesam o bem jurídico”¹⁶⁹, sendo que na sua análise o autor parte da consideração de que a diferença entre delitos de lesão e de perigo se realiza na base de afectação ao bem jurídico.¹⁷⁰ Partindo da “premissa que o referido tipo legal de crime- “cuja epígrafe é: «Da poluição das Águas»”¹⁷¹ – não se volve a uma protecção das águas em sentido económico e sim à tutela de um bem jurídico ecológico”¹⁷², afirma que ele se realiza da seguinte forma: “1) não é necessário que se produza uma efectiva modificação prejudicial; 2) já é prejudicial uma modificação da água quando deixe de ser «pura»; 3) é suficiente que a modificação possa ter tido consequências materiais, sem considerar a sua quantidade; 4) tão pouco tem importância que a água já estivesse contaminada.”¹⁷³ Continuando a defesa da sua tese, de que na verdade o crime de poluição das águas constitui um crime de acumulação de condutas e, por isso, um delito cumulativo, o autor adianta, como consequência da análise que acabámos de citar sobre a acção daquele tipo legal, dois argumentos para chegar a uma conclusão. O primeiro argumento é que, então, na prática não se exige sequer que a conduta seja perigosa (com carácter abstracto) para o bem jurídico. O segundo argumento, que podemos denominar de sistemático, refere que se se trata de um delito de lesão, como parece apontar a doutrina maioritária alemã, e partindo do bem jurídico, hierarquicamente estaria situado por cima do § 325 do StGB – protecção contra a contaminação atmosférica. Deste modo, enquanto que para a consumação do tipo do § 324, na prática, basta a realização de uma conduta, para que se produza uma contaminação nas águas, para a consumação do § 325, por seu turno, tem-se exigido, além do resultado da contaminação do ar, que a dita contaminação seja apropriada para afectar a vida ou saúde das pessoas de forma negativa, ou produzir danos em plantas ou outros objectos de relevante valor.¹⁷⁴ Percebe-se então que “na realidade há uma maior «aproximação» do momento da lesão do bem jurídico no §325 do que no §324 pelo que se aquele é um delito de perigo este não pode ser de lesão [já que] com este o que se pretende é adiantar ainda mais do que

¹⁶⁹ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 227.

¹⁷⁰ Paz M. de la Cuesta Aguado, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, pag.148.

¹⁷¹ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 335.

¹⁷² *Idem, ibidem*, pag. 336.

¹⁷³ Paz M. de la Cuesta Aguado, como na nota 170, pag. 148, nota de rodapé 368.

¹⁷⁴ Em termos muito próximos da citação, seguimos: Paz M. de la Cuesta Aguado, como na nota 170, pag 148 e ss.

os delitos de perigo a protecção perante possíveis lesões.”¹⁷⁵ As conclusões podem formular-se de várias formas, mas todas elas terão como consequência o abrir de portas à acumulação. Assim, o §324 contém uma nova categoria de delitos que tem como nota marcante o facto de adiantar ainda mais a protecção penal do que os crimes de perigo abstracto.¹⁷⁶ “Esta categoria típica caracterizar-se-ia porque, ao contrário do que sucede nos delitos tradicionais, delitos duma só acção, os quais estão fundamentados sobre a premissa tácita de que a acção é individual, nos delitos de acumulação não existiria essa premissa, de forma que não se exigiria que uma acção individual conduzisse a uma lesão ou posta em perigo, senão, somente, que a acção individual pertencesse a uma classe de acção que, empreendida em grande número produziria uma lesão ou colocação em perigo.”¹⁷⁷

Conclui-se facilmente que, no pensamento de Kuhlen, não se exige que uma conduta singular ocasione uma ofensa de dano ou de perigo, bastando apenas que “o contributo individual pertença a uma categoria de acção que uma vez realizada em «grande número», provocará um dano ou um perigo.”¹⁷⁸ Desvendando algo que fundamentaremos melhor na altura devida, diremos por agora que, em nosso entender, estas condutas individuais não podem aparecer com um carácter tão cristalinamente bagatelar que se trate de punir situações de “quem põe os pés no chão”.¹⁷⁹

2. As perspectivas de fundamentação dos delitos cumulativos

A fundamentação dos delitos cumulativos, como acentua Silva Dias, pode-se fazer através de duas perspectivas. “Uma, de teoria da sociedade, acentua o aspecto do dano cumulativo como exemplo de dano colectivo resultante da soma de micro-lesões em massa ou, num registo sociológico paralelo mas mais actual, como manifestação dos novos grandes riscos desencadeados pela dinâmica da sociedade do risco. Outra, de filosofia moral, elege como centro de gravidade a acção individual, o contributo singular para o efeito cumulativo, e debruça-se sobre o seu desvalor moral, que decorre

¹⁷⁵ Paz M. de la Cuesta Aguado, como na nota 170, pag. 149.

¹⁷⁶ Teremos oportunidade de nos referir a esta figura mais à frente.

¹⁷⁷ Paz M. de la Cuesta Aguado, como na nota 170, pag. 149.

¹⁷⁸ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 339.

¹⁷⁹ Augusto Silva Dias, «*Delicta in se*» e «*delicta mere prohibita*»: *Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, pag. 257. Pela deliciosa história que esta frase traz consigo, aconselhamos a leitura da nota de 602.

da violação de deveres de solidariedade e que faz com que o autor seja visto como um «free-rider», «free-loader» ou «Trittbrettfahrer».¹⁸⁰ Um estudo rigoroso da nossa questão obriga a que olhemos para estas duas perspectivas que não são inconciliáveis nem antagónicas.¹⁸¹ Podemos descortinar, como aponta Susana Aires de Sousa, a primeira daquelas teorias no pensamento de Kuhlen e Hefendehl sendo que “a segunda, que coloca o acento tónico na violação dos deveres de solidariedade, é seguida por Alcácer Guirao, Feinberg e Wohlers.”^{182 183}

2.1. A lógica dos grandes números ou teoria sistémica

A perspectiva que iremos analisar em primeiro lugar “dá prevalência aos critérios do dano global ou do grande número, isto é, aos prováveis efeitos nocivos para a ordem social que resultarão da acumulação de contributos singulares realizados independentemente uns dos outros.”¹⁸⁴ Servindo-nos das palavras de Susana Aires de Sousa concretizaremos: “cada contributo individual, considerado isoladamente, é inofensivo, mas desloca a situação do bem jurídico colectivo para um ponto mais próximo do dano e, considerando a soma, isto é, a acumulação destes contributos singulares, é ultrapassado o limiar do dano, causando-se um grave prejuízo em bens jurídicos vitais comuns.”¹⁸⁵

Silva Dias relaciona directamente esta perspectiva com o conceito de «sociedade do risco»¹⁸⁶ na medida em que ela “ajuda a compreender o desvalor das acções cumulativas e a proposta dos delitos cumulativos através de dois aspectos que o

¹⁸⁰ Augusto Silva Dias, como na nota 6, pag. 310.

¹⁸¹ Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 310. No mesmo sentido, Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 234, em especial na nota 534.

¹⁸² Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 234, nota 534

¹⁸³ A análise que de seguida se levará a cabo encontra-se já iniciada com tudo o que foi referido no capítulo I, pelo que agora procuraremos aprofundar algumas questões particulares para o nosso tema, sem prejuízo de sempre que tal se afigurar pertinente, motivados pelo desejo de não cair em repetições desnecessárias, remetermos para o que ficou dito acima.

¹⁸⁴ Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 310.

¹⁸⁵ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 234.

¹⁸⁶ *Vide supra*, capítulo I, ponto 1.1.

integram”¹⁸⁷: por um lado, as novas características da acção humana que criam riscos¹⁸⁸, a recordar, imprevisíveis, transfronteiriços e transgeracionais, que “surgem de modo involuntário [e] «formam-se nas costas dos sujeitos de modo invisível à percepção pública»”¹⁸⁹; por outro lado, o abalo, e nalguns casos a queda, de muito do que acreditávamos e que gerou um clima de insegurança criou, correlativamente, um clamor por mais responsabilidade e por uma “maior exigência de atribuição de culpa como forma expedita de explicar o dano e gerar tranquilidade social.”¹⁹⁰ Esta última situação, em especial, provoca “uma transferência de situações que outrora eram atribuídas ao destino, à natureza ou à colectividade para a esfera da imputação individual.”¹⁹¹ Como se percebe todo este leque problemático trouxe novas questões quanto às velhas estruturas de atribuição de responsabilidade. Rafael Alcácer Guirao assinala, seguindo as pisadas da proposta de Jonas¹⁹², que, como consequência de tudo o que acabámos de referir, haverá necessidade de “*uma nova orientação nas estruturas de atribuição da responsabilidade*, onde se outorgará prioridade ao poder causal de destruição sobre a capacidade de previsão do agente no seu actuar (...)”¹⁹³.

Kuhlen, que se serve desta perspectiva para fundamentar a sua posição, considera que um certo comportamento pode, quando analisado de forma abstracta, aparecer como individualmente ponderado e subjectivamente racional. No entanto, uma vez repetido em grande número, poderia conduzir a resultados colectivamente irracionais.¹⁹⁴ Estes resultados deveriam ser evitados mediante “imposição de sanção penal vocacionada a cumprir a missão de fazer superar – pela via de uma avaliação negativa – os benefícios pontuais das condutas individualmente consideradas.”¹⁹⁵ Guilherme Costa Câmara, numa análise ao pensamento de Kuhlen, afirma que para o

¹⁸⁷ Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 311.

¹⁸⁸ Em termos mais desenvolvidos *vide supra*, capítulo I, todo o ponto 1.

¹⁸⁹ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 235 e 235. A citação que a autora faz neste excerto que retirámos pertence a Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 312.

¹⁹⁰ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 235. No mesmo sentido: Rafael Alcácer Guirao, como na nota 31, pag. 7 e 8.

¹⁹¹ Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 313.

¹⁹² Que analisámos no capítulo I, no ponto 1.4.2.

¹⁹³ Rafael Alcácer Guirao, como na nota 31, pag. 8. Chamando à atenção para a mesma ideia: Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 313, em especial na nota 27.

¹⁹⁴ Em termos próximos da citação: Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 343.

¹⁹⁵ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 344.

autor alemão “o problema dos «grandes números» emerge (...) como justificação racional para a estruturação normativa de um tipo cumulativo ou aditivo orientado a coarctar – a partir de uma lógica de prevenção – uma perigosidade geral para o bem jurídico.”¹⁹⁶ Importa referir que para o autor alemão é necessário, para que possa haver intervenção do direito penal, que haja razões fácticas para esperar que, sem a proibição, aquelas condutas se reproduzirão em grande quantidade e, conseqüentemente, possibilitando a lesão de um bem jurídico colectivo.¹⁹⁷ Esta prognose que se assume como vital na possibilidade dos delitos cumulativos se apresentarem como figura central da tutela de alguns bens jurídicos, se bem analisamos a questão, apresentar-se-á adstrita a duas condições cumulativas: à uma, tem de antever a probabilidade de essas condutas virem a ser *repetidas*¹⁹⁸ por um elevado número de vezes e de pessoas; à duas, tem de se concluir que o potencial lesivo para um bem jurídico é mais do que uma hipótese eventual e remota. É isto que nos impedirá, segundo a perspectiva de Kuhlen, e referindo-nos à primeira condição, que não sejam punidas condutas como o assobiar ou o buzinar na via pública já que não é crível que um número suficiente de pessoas o faça de forma a tornar a vida em sociedade ensurdecedora. No mesmo sentido, agora analisando a segunda, torna-se necessário que haja “um juízo ou *prognose realista* de que, sem a intervenção do direito penal, uma ofensa de monta poderá ter lugar” pelo que condutas normais do quotidiano, por muito repetidas que sejam, se não apresentarem potencial lesivo para um bem jurídico colectivo não serão merecedoras da tutela de *ultima ratio*.¹⁹⁹

Esta perspectiva é criticada por Silva Dias que, antecipando algo que será alvo de um maior escrutínio da nossa parte, se mostra crítico quanto à figura dos delitos

¹⁹⁶ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 344.

¹⁹⁷ *Idem, ibidem*, pag. 347.

¹⁹⁸ Não percorreremos os caminhos da Ecotoxiologia, para aferir se as degradações ambientais se dão por efeitos de cumulação (conceito abrangente que não especifica qual a forma em especial de degradação, antes junta todos os contributos), de soma (caso em que vários agentes, simultânea ou sucessivamente, realizam condutas isoladas mas de modo muito semelhantes no que diz respeito ao efeito ou *quantum* lesivo) ou de sinergismo (conceito que se refere a um resultado que se atinge pelo conjunta cooperação de vários factores). Não desconhecemos que este factor teve um papel na construção de Kuhlen na medida em que se inicialmente a sua perspectiva versava mais sobre efeitos de soma, numa segunda fase ela incide mais sobre casos de sinergismo. – Neste sentido, por vezes próximo da citação, Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 331 a 334 e 345.

¹⁹⁹ Neste sentido, Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 307 e 308.

cumulativos na medida em que ela se mostra, segundo o penalista, incompatível com alguns dos princípios estruturantes do direito penal. Argumenta o autor *sub studio* que, apesar de ser exigível uma mudança de comportamento à humanidade, mudança essa que será o resultado de se assumirem como reais os riscos que ameaçam a vida terrestre e que se materializará na “reeducação dos comportamentos e, conseqüentemente, por um aumento das prestações ou encargos individuais”²⁰⁰, tal não é tarefa do direito penal. Defende que “um direito penal equipado com um severo arsenal sancionatório, centrado ainda na pena de privação da liberdade, por um lado, e dotado de um rigoroso fundamento de validade e de um apertado código de aplicação, por outro”²⁰¹, não pode caber o papel de reeducar os cidadãos.

2.2. O comportamento individual do «free-rider» ou teoria moral

Apesar de, como se vê pela epígrafe que inicia este ponto 2.2., a tónica incidir mais no desvalor do comportamento individual, tal não afasta, bem pelo contrário, que a questão dos delitos cumulativos passe sempre pela problematização do grande número de condutas susceptíveis de, na sua totalidade, lesarem um bem jurídico.²⁰² Do que se trata é de enfatizar o comportamento individual, em detrimento do comportamento social.

Feinberg foi um dos autores que mais explorou esta teoria moral²⁰³, encontrando o fundamento dos delitos cumulativos “no desvalor do comportamento individual, considerando o seu autor como um *free-rider* ou *free-loader*, aquele que vai à boleia, sem pagar bilhete.”²⁰⁴ Este comportamento egoísta perante a sociedade “repousa na submissão da solidariedade alheia em proveito próprio”²⁰⁵ ou, concretizando, este «free-rider» “aproveita-se injustamente de uma vantagem na medida em que explora o sentido cooperativo dos outros, isto é, explora em benefício próprio a circunstância de os outros cumprirem as regras que servem para a consecução de um objectivo ou para a

²⁰⁰ *Idem, ibidem*, pag. 314.

²⁰¹ *Idem, ibidem*, pag. 314.

²⁰² *Idem, ibidem*, pag. 317.

²⁰³ Ao analisarmos as ideias centrais deste autor fica cumprida a promessa de a ele regressar que fizemos no capítulo I, mais concretamente no ponto 1.4.3.

²⁰⁴ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 235.

²⁰⁵ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 263 e 264

preservação de um bem colectivo.”²⁰⁶ Esta situação colide directamente com as nossas concepções morais, na medida em que “a desonestidade é compensada e a honradez e o civismo são penalizados, ou, pelo menos, não compensados.”²⁰⁷ Por sua vez Wohlers, como nos explica Silva Dias, fundamenta o desvalor de tal comportamento na violação do princípio de que todos têm direitos iguais cabendo à sanção penal restabelecer a situação de igualdade abalada. “Há como que uma transferência para o campo jurídico do argumento moral: o «free-rider» alcança uma vantagem injusta à custa das pessoas que cumprem, criando desse modo uma situação de desigualdade social, que, dada a consagração constitucional e a função juridicamente estruturante do princípio da igualdade, pode ser também jurídica.”²⁰⁸ Os pressupostos para que pudesse haver lugar à intervenção penal seriam muito semelhantes aos que encontramos em 2.1., a saber, o contributo cumulativo só deve ser visto como socialmente danoso se os efeitos prejudiciais da acumulação passarem o teste de uma análise realista, bem como ficam afastados do raio da tutela penal contributos que não tenham um mínimo suficiente de gravidade.²⁰⁹

Detenhamo-nos agora, um pouco mais, no pensamento de Feinberg. “Pressupostos da punibilidade da conduta do *free-rider* seriam, em primeiro lugar que todos ou um grande número de pessoas colaborasse na prossecução de um objectivo comum, e, em segundo lugar, que face à impunidade do *free-loader*, a sua conduta se generalizasse, pondo em causa a prossecução do objectivo colectivo ou a preservação do bem colectivo.”²¹⁰ O famoso exemplo de Feinberg que retrata um país onde não há obrigatoriedade de pagar impostos ajuda-nos neste caminho. Neste país, 99% das pessoas decide pagar, voluntariamente, os seus impostos, sendo que 1% escusa-se a este esforço. Como se percebe, pouco ou nenhum dano colectivo advém desta falta de 1% que opta por *ir à boleia*.²¹¹ Tudo seria diferente se houvesse um número suficiente de pessoas a assumir a mesma conduta mas, como no exemplo daquela terra imaginária, tal

²⁰⁶ Augusto Silva Dias, como na nota 172, pag. 316.

²⁰⁷ *Idem, ibidem* pag. 316.

²⁰⁸ *Idem, ibidem* , pag. 317.

²⁰⁹ *Idem, ibidem*, pag. 317.

²¹⁰ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 236.

²¹¹ De forma consensual: Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 317 e 318; Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 236; e Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 260 e 261.

não acontece, não se pode falar de um dano directo.²¹² Chegados aqui importa, com Guilherme Costa Câmara, referir que para Feinberg “o mero risco (ínsito à realização de uma determinada conduta) de que emergjam efeitos lesivos futuros pode autorizar uma equiparação ao dano efectivo.”²¹³ A traço largo podemos afirmar que o autor *sub studio* “promove então uma equivalência entre dano próximo e remoto, que de resto permitir-lhe-á postular a proibição de condutas mesmo ainda quando elas não possam causar um resultado imediato de dano”²¹⁴, sendo inevitável retirar que “o risco se elevado (altamente provável) de um evento grave é, aqui, *tout court*, já dano”²¹⁵. Relacionando estas ideias com a figura que intitula este capítulo, diremos que Feinberg “reconhece, textualmente, que, e.g., a poluição do ar e da água «são paradigmáticos danos cumulativos»”²¹⁶, ressaltando no entanto que, caso o direito penal tentasse punir, por exemplo, toda a poluição, isso traria em si um estagnar inoportável da sociedade. Assim, chega à conclusão de que a ideia de acumulação não se mostra “refractária à (...) ideia de «limiar do dano» («threshold of harm) como uma noção a ser levada em consideração pelo legislador para o efeito de equacionar o problema do contributo individual plúrimo.”²¹⁷

Apesar de tudo o que se afirmou, a conclusão de que a conduta do «free-rider» coincide com a acumulação não se mostra totalmente isenta de dúvidas, como veremos. Silva Dias por exemplo, afirma que “a figura do «free-rider» cruza-se mas não coincide totalmente com a de acumulação [já que] esta implica a prática massiva actual de condutas que, numa prognose realista, se não forem proibidas, poderão provocar uma ofensa ao bem colectivo, enquanto aquela pressupõe uma prática generalizada de

²¹² Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 318.

²¹³ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 258.

²¹⁴ *Idem, ibidem* pag. 259.

²¹⁵ *Idem, ibidem* pag. 259.

²¹⁶ *Idem, ibidem* pag. 261.

²¹⁷ Guilherme Costa Câmara, como na nota 56, pag. 261. Socorrendo-nos deste autor brasileiro, na sua análise ao pensamento de Feinberg, diremos que esta ideia de um limiar do dano apresentaria cinco condições: 1) aferir se o acumular de vários contributos aproxima, atinge ou ultrapassa o limiar do dano; 2) perceber se tais contributos são quantitativamente diferentes ou discrepantes em grau de cuidado e de valor social; 3) no que toca aos efeitos, observar se cada contributo é em si mesmo não danoso mas ainda assim capaz de colocar o bem jurídico mais próximo do dano; 4) quando o limiar for ultrapassado existirá um dano público que atingirá interesses vitais; 5) há contributos tão benéficos socialmente que uma proibição revelar-se-ia mais gravosa do que os próprios danos.

cooperação na preservação de um bem colectivo, e o seu aproveitamento censurável por algum ou alguns indivíduos.”²¹⁸ Na verdade, o que acontece no exemplo do país imaginário de Feinberg é que 99% da população cumpre voluntariamente, enquanto que apenas 1% adopta a atitude egoísta.²¹⁹ Consequentemente, afirma Silva Dias, “o problema do «freeloading» só surge num contexto de acumulação, quando duas condições essenciais estiverem reunidas: a comprovação de que uma acção é compreendida num determinado mundo da vida como prática egoísta ou obtenção de uma vantagem à custa do empenho cooperativo da maioria e, ao mesmo tempo, a conclusão (realista) de que essa acção é praticada em número bastante para que a continuidade da sua permissão constitua uma ameaça para um objecto simbólico que é socialmente valorado como bem colectivo.”²²⁰ Enquanto que a primeira condição dependeria sempre da segunda para se poder falar de acumulação, o inverso já não se apresentaria como verdadeiro.

Outro autor que se posiciona na área de influência desta perspectiva é Rafael Alcácer Guirao. Para se perceber o porquê da sua fundamentação, baseada na ideia de solidariedade, temos que expor que o autor recusa a compatibilidade da figura dos delitos cumulativos com o princípio da culpa, na medida em que o que “fundamenta a imputação da responsabilidade do agente não é outra coisa senão o prognóstico de realização de acções futuras por parte de outros agentes, [pelo que] estamos perante uma fundamentação do injusto *ex iniuria tertii*, indubitavelmente recusável desde os pressupostos legítimos de imputação (...) que exige uma censura de culpabilidade baseada num facto lesivo individual, e não numa «culpabilidade colectiva» ou vicária.”²²¹ Deste modo, e tendo-se partido da premissa de que é necessário assegurar as gerações futuras, o autor apresenta uma proposta de fundamentação que, como será facilmente perceptível, tem vários pontos de contacto com a discussão filosófica que encetámos no capítulo I, com especial relevo para o seu ponto 1.4. Ora, como “o princípio da autonomia individual não é apto [a fundamentar a protecção das gerações futuras no direito penal através da figura dos delitos cumulativos] a via argumentativa

²¹⁸ Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 318 e 319.

²¹⁹ Só num país com uma densidade populacional muito baixa e constituída na sua esmagadora maioria por pessoas com rendimentos elevadíssimos é que o comportamento daquele 1% é que colocaria o bem jurídico perto do limiar do dano.

²²⁰ Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 319.

²²¹ Rafael Alcácer Guirao, como na nota 31, pag. 14.

passaria por acolher o outro grande pressuposto de fundamentação da imputação penal: o da solidariedade.”²²² Afirma o autor, seguindo neste ponto na esteira de Jakobs, que a imputação fundada na ideia de solidariedade se baseia “na existência de determinadas instituições fundamentais para a vida social, a partir das quais surge um dever de fomento e manutenção das mesmas.”²²³ Este dever é também o dever de preservar as instituições e/ou, acrescentamos em tom interpretativo, as condições para que, primeiro, haja gerações futuras, e segundo, que existam de forma saudável. Numa palavra: a solidariedade é *apresentada* como expressão de um mundo em comum.²²⁴ Ou, ainda de outra forma, servindo-nos da síntese de Bayertz: “ a ideia de solidariedade não fundamenta direitos do indivíduo, antes impõe deveres; não se dirige a evitar ataques externos na autonomia do indivíduo, antes exige a renúncia a direitos próprios em favor da comunidade ou outros indivíduos.”²²⁵

Seguindo de perto o pensamento do penalista espanhol, adiantamos que, no seu entender, são três as razões que fortalecem a ideia de solidariedade como fundamento.

Em primeiro lugar, ela é a que melhor se coaduna com o debate filosófico de fundo no que toca às gerações futuras, debate esse que já tivemos oportunidade de travar nesta reflexão.²²⁶ De facto, não nos é difícil, quer na ideia de solidariedade quer no caminho argumentativo de Rafael Alcácer Guirao, encontrar ideias próximas de Feinberg, de Jonas, e até de Whitehead.²²⁷ Curiosamente, também não nos é difícil descortinar ideias que o afastam destes autores. Esta aparente contradição vale, arrisco, para muitos dos temas e autores que analisámos até aqui, e que continuaremos a analisar. Tal só é possível porque o *iter* argumentativo deste complexo e amplo

²²² Rafael Alcácer Guirao, como na nota 31, pag. 16.

²²³ *Idem, ibidem* pag. 17.

²²⁴ *Idem, ibidem* pag. 17.

²²⁵ Bayertz *apud* Rafael Alcácer Guirao, como na nota 31, pag. 17.

²²⁶ Rafael Alcácer Guirao, como na nota 31, pag. 17.

²²⁷ As aproximações a Jonas são notórias, desde logo por esta ideia de uma maior solidariedade entre gerações, em que a tutela do futuro se fará pela imposição de deveres de conservação do mundo e das instituições que o humanizam. O próprio Rafael Alcácer Guirao faz muitas vezes a ponte entre as suas afirmações e o estudo de Jonas que pudemos dissecar na nossa reflexão. Poderá parecer mais *excêntrico* ver traços do pensamento de Whitehead, até porque, do que estudámos, são inexistentes estas conexões, pelo menos na bibliografia conhecida. No entanto, se bem vemos as coisas, existem afirmações, coerentes com o todo que é o pensamento de Guirao, que se aproximam de Whitehead.

problema será sempre feito de aproximações e recuos, de convergências e divergências, exigindo um esforço reflexivo na procura dos alicerces mais seguros e, por isso, mais válidos.

Outro argumento que, para o autor que agora analisamos, torna possível fundamentar a solidariedade como núcleo vital dos delitos cumulativos diz respeito à forma como Rafael Alcácer Guirao constrói a figura dos bens jurídicos colectivos, dividindo-os em dois grupos²²⁸: bens jurídicos intermédios, que “se configuram como contextos prévios de lesão de bens jurídicos individuais, e que, portanto, podem reconduzir-se directamente a um bem jurídico pessoal”²²⁹; e bens jurídicos institucionais que, pela sua importância no desenvolvimento da sociedade, são verdadeiros bens públicos, conseqüentemente, não estando na dependência de nenhum bem jurídico individual.²³⁰ Ora, o curioso em relação ao ambiente é que ele se apresenta ambivalente quando visto à luz destes dois grupos: por um lado aparece como o cenário, diríamos, inevitável para o desenvolvimento da liberdade individual, e assim seria inserido no primeiro grupo; por outro, o seu carácter global e difuso permite uma protecção autónoma, e deste modo seria entendido como um bem público. Rafael Alcácer Guirao, *opta* por esta segunda possibilidade na medida em que o fundamento da protecção radica na sobrevivência da espécie humana, ideia que, inevitavelmente, tem uma maior proximidade com um bem jurídico que não se concretize numa só pessoa.²³¹

²²⁸ Desenvolveremos a questão dos bens jurídicos colectivos no próximo capítulo pelo que por agora cumpre apenas fazer a sua análise no seio do pensamento de Rafael Alcácer Guirao.

²²⁹ Rafael Alcácer Guirao, como na nota 31, pag. 18.

²³⁰ Seguimos em termos próximos da citação Rafael Alcácer Guirao, como na nota 31, pag. 18 e 19. De referir que o autor apresenta a Fazenda Pública como paradigma de um bem público não dependente de nenhum bem jurídico individual na medida em que o delito fiscal não protege esferas de liberdade mas antes a fragilização do dever de contribuir para a sua manutenção. No mesmo sentido, Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 233.

²³¹ Em termos próximos da citação, Rafael Alcácer Guirao, como na nota 31, pag. 19. Quanto a este ponto em concreto teceremos um comentário, sem prejuízo de ser uma questão a que voltaremos. De facto, esta ambivalência não tem de ser entendida como um problema irresolúvel em que se tenha de escolher um só caminho. Diga-se que nem o autor o faz. De facto, é perfeitamente possível, como acontece no nosso ordenamento jurídico, a tutela do ambiente por a sua lesão atentar contra uma pessoa em concreto bem como a tutela do meio ambiente enquanto bem jurídico difuso e autonomamente protegido.

O terceiro argumento refere-se à configuração do crime. Diz o autor que o fundamento da imputação baseada na solidariedade permite considerar o crime como lesão de um dever de manutenção das condições futuras da humanidade, não sendo necessário estabelecer um limite para interesses pessoais, porque o que se protege são bens públicos autónomos. Assim, se fundamenta a ideia de delitos cumulativos, porque se desliga da necessidade de lesar um bem jurídico pessoal e coloca-se a tónica na acumulação e na insusceptibilidade de uma só acção lesar um bem jurídico colectivo.

2.3. Juízo destas duas posições

Antes de avançar, ensaiemos um balanço provisório, tomando posição, sobre estas duas formas que usualmente aparecem como fundamento da figura dos delitos cumulativos.

Repetindo que estes não são caminhos estanques, afirmamos a nossa preferência pela primeira perspectiva. Antes de justificar a nossa escolha, vejamos porque rejeitamos a proposta de fundamentação que analisámos em último lugar, e que coloca a tónica no comportamento individual.

Quanto à ideia perfilhada por Rafael Alcácer Guirao consideramos que, se a solidariedade entre gerações, pois é disso que se trata, é a que mais se coaduna com a discussão filosófica sobre a tutela das gerações futuras, ela não se mostra tão válida quando vista do prisma da sociedade do risco, dos problemas que a razão técnica nos trouxe. Claro que a tutela das gerações futuras poderá ser sempre um referente, um argumento utilizado no sentido de que, perante os novos riscos a espécie humana pode estar ameaçada, mas não nos parece que a criminalização de condutas acumulativas se possa fazer visando tutelar as gerações futuras, com fundamento numa solidariedade entre gerações. É que quanto mais se usa este caminho argumentativo no seio do direito penal, mais este fica vulnerável a argumentos que logo virão alertar, com razão, para uma inadmissível expansão do direito penal bem como para um excesso de *moralização* dos comportamentos através do direito penal. O que os delitos cumulativos visam resolver pelo menos directamente, é um problema, porventura, menos complexo do que o futuro. Deste modo, e ainda que possamos acompanhar Rafael Alcácer Guirao em

muitas das suas afirmações²³², não podemos concordar com o *salto* conclusivo que o autor dá quando afirma que assegurar as gerações futuras “só pode ter um fundamento baseado num princípio de solidariedade face”²³³ a estas.

A tentativa de fundamentação que parte do comportamento egoísta do «free-rider» também não merece o nosso acompanhamento. Surge desde logo como revelador, o facto de toda a construção que é feita partindo do aproveitamento egoísta do agente, se revelar só por si insuficiente, necessitando, como vimos, da *muleta* dos comportamentos massificados para almejar erigir-se em fundamento dos delitos cumulativos. Como afirma Silva Dias, em tom que concordamos, “o desvalor fundamental do contributo singular não é descritível em termos de ofensividade mas apenas em termos de disfuncionalidade.”²³⁴ No mesmo sentido, afirma Guilherme Costa Câmara que “para Feinberg o conjunto dos instrumentos do direito penal e a função simbólica que ele inegavelmente desempenha, presta-se tanto a demarcar, como a reforçar os marcos morais sustentados pela maioria das pessoas integrantes do corpo social; e, neste contexto, o «harm principle» bem que poderia ser perspectivado como uma espécie de “princípio moral” orientado a determinar os valores éticos a serem «adequadamente impostos pelo aparato da legislação criminal».”²³⁵ Silva Dias também recusa esta perspectiva de fundamentação. Curioso é notar, com Susana Aires de Sousa, que apesar daquele penalista rejeitar tal proposta ela se mostra bastante compatível com a concepção que perfilha²³⁶. Tendo em conta os dois pressupostos que enformam esta perspectiva, e que já tivemos oportunidade de enunciar e defendendo o autor que “a estrutura prática básica, o pressuposto normativo que preside à interacção comunicativa no mundo da vida das modernas sociedades democráticas, é constituído pelo

²³² As ideias que merecem a nossa concordância ficarão expostas ao longo deste trabalho mas, como concretização, diremos por exemplo que acompanhamos o autor quando este, confrontado com a ambivalência do bem jurídico ambiente, prefere a tutela deste como bem jurídico autónomo. Claro que esta ideia não modifica em nada o que pudemos afirmar na nota 223.

²³³ Rafael Alcácer Guirao, como na nota 31, pag. 21.

²³⁴ Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 320.

²³⁵ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 262. Acompanhando a nota 732 deste autor brasileiro diremos que não deixa de ser curioso que um autor como Feinberg, que como liberal defende a ausência de qualquer tipo de moralização ou paternalismo acabe por perfilhar uma tese que se sujeita a essas críticas.

²³⁶ Concepção que podemos consultar de forma desenvolvida em Augusto Silva Dias, como na nota 171, todo o *capítulo 4.* ou, de forma mais resumida, em Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 321

reconhecimento recíproco de sujeitos que se compreendem como livres, iguais e cooperantes”²³⁷ caracterizando o crime “como invalidade fundamental, traduzida num conceito de ilícito como negação socialmente insuportável do reconhecimento recíproco e numa concepção de culpa como deslealdade comunicativa patenteada naquela negação”²³⁸ “parece-nos difícil que possa defender-se a impossibilidade de um juízo de culpa relativamente àquele que assume a posição do *free-rider*.”²³⁹ Acompanhamos as *dúvidas* da penalista de Coimbra na medida em que, como assertivamente expõe: “esta conduta representa a violação do consenso comunitário e, conseqüentemente, dos valores reciprocamente reconhecidos pela comunidade, causando-lhe um dano e fundamentando a incriminação.”²⁴⁰

No entanto, se bem vemos as coisas, há uma certa contradição ou, talvez de forma mais rigorosa, uma incompatibilidade de planos nesta proposta assente no comportamento do «free-rider». Explicando: o desvalor é dirigido ao comportamento individual do agente que, motivado por interesses egoístas, procura retirar vantagens para ele. Posteriormente, é necessário verificar-se que um número elevado de pessoas pratica a mesma acção. Ora, nem no exemplo imaginário que citámos isto se revela uma realidade. Se dermos como certo que há um comportamento egoísta, teremos de aceitar levar a análise até ao fim e isso implica perguntar: naquela terra imaginária, em que apenas 1% das pessoas não pagavam os impostos, o que aconteceria ao «free-rider» se esta conduta se generalizasse começando ele próprio a ser prejudicado? Claro que não poderemos responder com absoluta certeza; no entanto, temos de ter em conta que o interesse do «free-rider» é que as condições para ele se aproveitar estejam intactas, ele não conta com a generalização das condutas porque lhe convém a integridade do, (permita-se este adiantamento por motivos de exposição) bem jurídico para se poder aproveitar dele.²⁴¹

²³⁷ Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 583.

²³⁸ *Idem, ibidem*, pag. 583.

²³⁹ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 236, nota 540.

²⁴⁰ Susana Aires de Sousa, como na nota 120, pag. 236, nota 540.

²⁴¹ Com este alinhavar de ideias não pudemos deixar de nos lembrar do exemplo baptizado como dos «mendigos russos», exemplo esse que ajudou, pela negativa, na delimitação entre dolo eventual e negligência consciente. Tal como os mendigos russos não amputariam as crianças se soubessem que elas

Pelo que vai dito, percebe-se que a nossa preferência recai sobre a lógica dos grandes números. Por três argumentos: primeiro, porque apesar de não rimar tão bem com o debate filosófico sobre as gerações futuras, ela procura incidir sobre os novos riscos da sociedade que Beck crismou do risco; segundo, porque também responde melhor aos problemas que antes eram atribuídos ao infortúnio e que agora, muito por força do conhecimento a que se vai tendo acesso, se percebe serem passíveis de uma responsabilização; e por último porque permite, segundo a nossa opinião, uma criminalização que não vise instalar uma ética ou promover uma reeducação dos cidadãos. Quanto a este último ponto importa não cair na ingenuidade de se querer defender que a lei penal não visa influenciar os comportamentos dos cidadãos. Visa influenciar e influencia. Mas isto é uma coisa. Outra, totalmente diferente, é atribuir ao direito penal, pela figura dos delitos cumulativos, o papel de reeducar a população. Segundo o nosso entendimento da perspectiva que seguimos, do que se trata é de constatar que há um sem número de acções que se repetem ou podem vir a repetir, que no seu conjunto pode destruir um bem jurídico colectivo valioso socialmente e que, por isso, a sua criminalização é legítima e necessária.²⁴²

3. As críticas aos delitos cumulativos

A figura dos delitos cumulativos gerou uma reacção por parte de alguns autores que vêm como inevitável, caso se siga por esse caminho da acumulação, a violação de princípios basilares do direito penal. Na verdade, pode-se até dizer que a aceitação foi bastante reduzida. Daremos agora conta das principais críticas²⁴³, emitindo também a nossa opinião sobre a justeza e o mérito de algumas delas, mas sempre com a consciência que a elas teremos de voltar. Porventura, e em jeito de alerta, só com as últimas páginas desta dissertação é que todas as críticas, bem como o nosso juízo sobre elas, ficarão completas.

iriam morrer, também o «free-rider» se soubesse que com a sua acção ia destruir um bem jurídico, prejudicando a sociedade, mas sobretudo prejudicando-se a si próprio, talvez refreasse a sua conduta.

²⁴² Não nos queremos alongar mais do que isto nesta fase até porque guardaremos para mais tarde ideias mais desenvolvidas sobre toda esta questão. Fica, como conclusão, a nossa opção, devidamente fundamentada, pela perspectiva do grande número em detrimento das outras que analisámos.

²⁴³ Sendo que também aqui teremos de remeter, em alguns momentos, para o que já tivemos oportunidade de referir anteriormente, com especial relevo para todo o ponto 2. do capítulo I.

Antes de irmos ao encontro do crivo crítico que incide sobre os delitos cumulativos, importa estabelecer alguns pontos prévios sobre o que, em termos gerais, nos suscitam essas críticas. Já tivemos oportunidade, umas vezes de forma mais explícita, outras vezes indirectamente, de focar algumas destas ideias; contudo, não nos parece de somenos condensá-las nas linhas que se seguem numa tentativa de tornar claro o nosso pensamento sobre esta questão.

Assim, teremos de começar por afirmar que aqueles que se insurgem contra a figura dos delitos cumulativos o fazem através de uma exposição *inflamada* das suas ideias o que, admitindo que possa não ser mais do que um esforço persuasivo contra os supostos vícios daquela proposta, faz com que tal se possa interpretar no sentido de distorcerem algumas ideias. Esta leitura transparece em, pelo menos, duas considerações: a primeira prende-se com o facto de os críticos considerarem que os delitos cumulativos servirão para se dar tutela penal a bagatelas penais, condutas que não possuem o mínimo potencial lesivo que seja; a segunda, e porventura a distorção mais grave, materializa-se no passar a mensagem de que com os delitos cumulativos o direito penal vai abandonar a sua tutela de *ultima ratio* para se erigir como *prima ratio* da luta contra os grandes riscos. Ora, quanto ao primeiro ponto escusamo-nos, por agora, a abordá-lo, na medida que já de seguida teremos de o fazer com maior profundidade. Quanto ao segundo, sempre diremos que debater a questão da tutela dos novos riscos decorrente das novas condutas pelo direito penal não implica, de todo, atribuir à tutela de *ultima ratio* o único papel – preventivo ou repressivo – nesta grande questão hodierna. Como já pudemos afirmar, haverá sempre um papel essencial da auto-regulação social que através, por exemplo, de campanhas de sensibilização, de disponibilização dos conhecimentos que se vão alcançando sobre os malefícios de certas condutas *et cetera* se erige como meio desejável para conter as lesões a bens jurídicos colectivos. Acreditamos, inclusivamente, que este papel tem sido assumido quer por instituições com objecto ambiental, quer pelo Estado (por exemplo, com o assumir uma preocupação ecológica no serviço público de educação) quer pelos cidadãos. Do que se trata no debate que travamos nestas linhas será sempre a tutela de acções consideradas inadmissíveis pelo legislador, acções que o direito penal terá de tutelar quando tudo o resto falhou e que, por isso, estamos em crer, se manterá de *ultima ratio*. Um exemplo do que dizemos pode encontrar-se no estudo de Silva Sánchez, em passagens como por

exemplo a que afirma que seria “temerário situar o direito penal na vanguarda da «gestão» do problema ecológico na sua globalidade”²⁴⁴

Como tivemos oportunidade de expor no capítulo I (mais concretamente no ponto 2.2.), a corrente que recusa qualquer papel do direito penal do risco terá, por forma a ser coerente, de também *atacar* a figura dos delitos cumulativos. Herzog²⁴⁵ por exemplo, insurge-se contra a formação de uma “consciência ambiental fortalecida pelo direito penal”²⁴⁶, que redundará inevitavelmente quer na criminalização de bagatelas quer numa “insustentável instrumentalização do direito penal para fins de pedagogia social”²⁴⁷. Para mais, segundo o autor há uma clara violação do princípio “*nullum crimen sine periculo social.*”²⁴⁸

3.1. Expansão inadmissível do direito penal (ou a sua funcionalização)

Um dos autores que mais problematizou a questão que serve de epígrafe a este ponto foi Silva Sánchez, que ao analisar a situação actual, a descreve como um tempo em que “se verifica uma elevadíssima sensibilidade ao risco e uma obsessão pela segurança”²⁴⁹ sendo que este cenário “redunda numa demanda por uma mais intensa intervenção do direito penal e abona uma maior punição como forma específica de expansão”²⁵⁰. Em termos necessariamente simplificados podemos dizer que esta expansão de que fala o penalista espanhol tem como nota fundamental a administrativização do direito penal, ou seja, o direito penal passa a tutelar uma série de problemas que deveriam ser resolvidos no seio do direito administrativo²⁵¹ ou, como

²⁴⁴ Silva Sánchez, como na nota 114, pag. 133.

²⁴⁵ Para não cair em repetições desnecessárias, remetemos para o ponto 2.2. do capítulo I, onde o pensamento de Herzog sobre estas questões gerais, se encontra mais desenvolvido.

²⁴⁶ Herzog *apud* Guilherme Costa Câmara, como na nota 56, pag. 352

²⁴⁷ *Idem, ibidem*, pag. 353.

²⁴⁸ *Idem, ibidem.*

²⁴⁹ Silva Sánchez, como na nota 114, pag. 114.

²⁵⁰ *Idem, ibidem.*

²⁵¹ O tema é interessantíssimo. Esta relação entre direito administrativo e direito penal será discutida, no entanto, apenas na medida considerada necessária para a nossa reflexão. Esta expansão, segundo Silva Sánchez, começa com a modificação da própria estrutura e do conteúdo dos tipos penais que, por sua vez, se sustenta numa protecção cada vez mais antecipada do bem jurídico. – Em termos próximos da citação, Silva Sánchez, como na nota 114, pag 132. Consideramos não ser necessário explorar muito o

afirma por sua vez Ronzani, do direito civil.²⁵² Houve, então, uma mudança que se define com a ideia de que o “direito penal, que reagia *a posteriori* contra um facto lesivo individualmente delimitado (em relação ao sujeito activo e passivo) converteu-se num direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, se «administrativizou».”²⁵³ Argumenta o autor espanhol - e não nos alongamos muito porque o essencial já se retira do exposto no capítulo I no seu ponto 2.2. - que como o direito administrativo, ao contrário do direito penal, visa “reforçar, mediante sanções, um determinado modelo de gestão sectorial”²⁵⁴ perde-se a necessidade de haver uma vinculação a critérios de lesão ou colocação em perigo, havendo, isso sim, uma flexibilização na imputação, bem como na perseguição em que há uma opção pelo princípio da oportunidade. Todo este processo leva o autor a uma conclusão: “o direito administrativo sancionador é essencialmente o direito do *dano cumulativo* ou, também, do dano derivado da *repetição*, isento de uma valoração do facto específico, apenas requerendo uma valoração acerca da qual seria a transcendência global de um género de condutas”.²⁵⁵ Para o autor, a pergunta marcante de Feinberg, que inclusivamente dá o título a um dos textos aqui citados de Silva Dias, “*what if everybody did it?*” reconduz-se a saber, na verdade, o que aconteceria se todas as pessoas de um certo sector de actividade realizassem condutas lesivas, pelo que a proposta dos delitos cumulativos teria de ser interpretada a partir de uma perspectiva de gestão de um certo sector.²⁵⁶ De outra forma, mais sintética: este processo de *administrativização* do direito penal leva à afirmação de que “o direito penal assume a forma de raciocinar própria do direito administrativo sancionador, convertendo-se, a partir daí, num direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais.”²⁵⁷

Ora, esta crítica que o autor *sub studio* dirige ao *estado da arte* a que chegou o direito penal, não merece a nossa concordância. Não que não acompanhem algumas

diagnóstico que este autor faz da situação em que nos encontramos, já que ele se apresenta muito semelhante ao que já foi dito.

²⁵² Ronzani *apud* Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 365.

²⁵³ Silva Sánchez, como na nota 114, pag. 135. Mais uma vez, remetemos aqui para o capítulo I, em especial para o ponto 2.1.

²⁵⁴ Silva Sánchez, como na nota 114, pag. 137.

²⁵⁵ *Idem, ibidem*, pag.138.

²⁵⁶ *Idem, ibidem*.

²⁵⁷ *Idem, ibidem* pag. 143.

preocupações do autor, algo que na altura devida fizemos, mas porque não acreditamos que um direito penal que assuma os grandes riscos como um dos seus problemas, esteja próximo de se tornar num direito penal quase totalmente pautado pela prevenção, que procura gerir os riscos e que se assemelharia ao que tivemos oportunidade de expor no ponto 2.2. do capítulo I. Vários são os motivos da nossa discordância, e cremos que *a final* o quadro geral dos fundamentos de tal posição crítica ficará completo. No entanto, diremos que o cenário negro que aparece neste autor não corresponde à realidade: primeiro, estas preocupações de Silva Sánchez, mais do que nos apresentarem um novo direito penal, teriam como inevitabilidade uma nova forma de organização estadual, em que o poder de legislar competiria ao poder executivo; segundo, traria, agora sim, um novo direito penal, em que, dando apenas dois exemplos, os fins das penas seriam virados do avesso, assim como o princípio da oportunidade *derrubaria* o princípio da legalidade; terceiro, porque não nos parece que se possa interpretar a preocupação da acumulação como apenas dirigida a sectores específicos de actividade em que o direito penal (*rectius*: direito penal ligado indivisivelmente ao direito administrativo) tentaria gerir os riscos. Resumindo: na hipótes de esse caminho se tornar realidade ele colidiria de frente com a CRP, perdendo, acreditamos, qualquer pretensão em se assumir como válido.

3.2. Princípio da ofensividade²⁵⁸

Os motivos que levam alguns autores a defender que a ideia de acumulação viola o princípio da ofensividade são fáceis de discernir. O facto de a acção singular não possuir capacidade de lesar, ou de colocar em perigo, por si só, o bem jurídico colectivo, possuindo apenas uma intensidade que o desloca para mais perto de uma lesão, sustenta a argumentação dos críticos da figura alvo do nosso estudo. Como já se referiu, só a soma dos vários contributos pode lesar efectivamente um bem jurídico colectivo.²⁵⁹ Para Silva Dias “a punibilidade da acção cumulativa tem por base, portanto, a sua disfuncionalidade como perturbação do ambiente ou do âmbito prévio do

²⁵⁸ Esta é uma questão que indirectamente já se abordou por diversas vezes, pelo que, por agora, ficará apenas a sua referência directa bem como algumas *novas* questões.

²⁵⁹ A exposição desta crítica encontra-se em variadas obras. Assim, por exemplo: Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 335 e ss; Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 237; Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 358; ou Silva Sánchez, como na nota 114, pag. 143 e ss.

bem jurídico”²⁶⁰ o que, por faltar esta dimensão do dano, levará ao modelo do ilícito de desobediência, algo também inadmissível.

O debate destas questões tem sido feito através de vários pontos de vista.

Para Rita Castanheira Neves, “a ofensividade encontra-se na conduta que sabe pôr em causa o bem jurídico que se frui e que se lesa”²⁶¹ sendo, portanto, o contributo já lesão. Não se tratará da lesão final claro está, mas sim a lesão-contributo que, inegavelmente, contribui para o desenlace final. Assim, conclui a autora que “se o dano final é o efeito a médio/longo prazo, o dano contributo é bem real no imediato da conduta lesiva, ficando o bem jurídico ambiente lesado na quota abstractamente danificável pelo contributo individual, e tal configura (...) o referente axiológico-material da incriminação, o que permite, em consequência, encontrar a legitimidade da intervenção jurídico penal”.²⁶² Encontramos esta linha argumentativa, se bem vemos as coisas, em Kuhlen quando, segundo Rafael Alcácer Guirao, aquele tenta reagir a quem aponta a violação do princípio aqui em análise. Na verdade, diz o autor espanhol que “Kuhlen tenta desvirtuar essa crítica “considerando os delitos cumulativos como delitos de resultado (...) levantando com ele um resultado específico a esse tipo de acções, através de uma prejudicial situação das águas”²⁶³ quando comparadas com a situação prévia à acção. O autor espanhol considera, no entanto, que esta linha argumentativa não passa de retórica.²⁶⁴

Encontramos outra forma de contrariar as críticas que pugnam pela violação do princípio da ofensividade em Guilherme Costa Câmara. Na verdade, o autor brasileiro entende que “um mínimo conteúdo de ofensividade poderá ser recuperado, caso perspectivemos o contributo singular à luz de um contexto de acumulação”²⁶⁵, sendo que esta ideia se constitui como o cerne da proposta do autor *sub studio*. Após criticar a concepção de Kuhlen (e todos os que procuram atribuir à ofensividade penal “uma

²⁶⁰ Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 339.

²⁶¹ Rita Castanheira Neves, *O ambiente no direito penal: a acumulação e a acessoriedade*, in *Direito Penal Hoje – Novos desafios e novas respostas*, (org.) Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves, pag. 298.

²⁶² Rita Castanheira Neves, como na nota 261, pag. 299.

²⁶³ Rafael Alcácer Guirao, como na nota 31, pag. 14.

²⁶⁴ *Idem, ibidem*.

²⁶⁵ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 359.

elasticidade que ela simplesmente não possui”²⁶⁶) considera que este, ao afastar a possibilidade de dano-violação, bem como o “cuidado-de-perigo abstracto”, abre a porta, “bem vistas as coisas, para a existência de um perigo presumido de acumulação (em franca inimizade com o princípio da ofensividade).”²⁶⁷ Trilhando a sua posição, defende que nos delitos cumulativos decisivo é a “real ofensividade do aporte individual (sempre condicionada ao ingresso ou intersecção da acção aditiva no raio ou perímetro territorial de um contexto de acumulação) que provoque uma lesão-contributo.”²⁶⁸ Resumindo, o autor defende que um conteúdo mínimo de ofensividade poderá existir, se duas condições estiverem reunidas: que “perspectivemos o contributo ou aporte singular do agente à luz de um contexto de acumulação; e, simultaneamente, concebamos o ambiente natural como um bem jurídico complexo, isto é, um bem-síntese de bens jurídicos parcelares, já em si mesmos dignos e necessitados de protecção penal.”²⁶⁹

3.3. Princípio da proporcionalidade

Após o que expusemos no ponto anterior, seria argumentativamente impossível que não se trouxesse também à colação a violação do princípio da proporcionalidade “porquanto a cominação da privação da liberdade como sanção para a realização de uma conduta inócua para um bem jurídico que exprima e medie reconhecimento recíproco, constitui uma opção abrangida, sem dúvida, pela proibição de excesso.”²⁷⁰

Todas as críticas baseadas neste princípio partem da premissa de que não é possível retirar a liberdade a um cidadão que praticou uma conduta que de *per se* não é suficiente para, sequer abstractamente, colocar o bem jurídico em perigo. E com razão. No entanto, nem só com a pena de prisão se realiza a justiça penal e este facto é

²⁶⁶ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 381

²⁶⁷ *Idem, ibidem*, pag. 380.

²⁶⁸ *Idem, ibidem*. Refira-se que, para este autor, “*sem contexto de acumulação não há que curar de delito cumulativo*, restando esvaziado o conteúdo (possível) de injusto penal.”

²⁶⁹ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 383

²⁷⁰ Augusto Silva Dias, como na nota 6, pag. 339 e 340. Sabemos, e já o referimos, que a expressão *reconhecimento recíproco* não são só palavras no pensamento deste autor. Voltamos a alertar que para uma leitura mais profunda destes e outros conceitos ter-se-á de consultar Augusto Silva Dias, como na nota 179. Contudo, e quanto à ideia de violação do princípio em análise, segue no mesmo sentido Silva Sánchez, como na nota 114, pag 146. Para um maior rigor de ideias quanto ao princípio da proporcionalidade consultámos Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 127 e ss.

fundamental para se ter uma visão ponderada do núcleo problemático que envolve a nossa questão. Bem sabemos que a citada premissa pode ganhar força porque já existem por exemplo crimes de poluição, e não falamos daqueles que podem lesar *directamente* a vida ou a integridade física de outrem, que prevêm pena de prisão. A seu tempo nos ocuparemos desta questão. Por agora, e como posição de princípio, embora sempre ressalvemos que cada caso é um caso e a realidade será sempre capaz de nos surpreender, diremos que não será expectável que para um contributo como o que vimos descrevendo nestas páginas seja possível aplicar uma pena privativa da liberdade.²⁷¹

A resposta de Kuhlen a este respeito passa por referir que “há uma obrigação moral em reagir-se – com o meio (supostamente) adequado dos tipos de acumulação – contra comportamentos que podem, no limite, levar à autodestruição da nossa espécie.²⁷²” Numa palavra: a magnitude do bem jurídico em causa relativizaria esta crítica. Ora, por tudo o que já discorremos ao longo destas páginas, acreditamos que bastará, por enquanto, referir que não concordamos com esta posição.²⁷³ No limite, sujeitar, no seio duma sociedade democrática, um cidadão a uma pena privativa da liberdade por um contributo da espécie que vimos cuidando, seria deitar pela janela todo o humanismo que conseguimos que perpassasse o direito penal.

3.4. Princípio da culpa

A violação do princípio da culpa, argumentam, será uma inevitabilidade, na medida em que partindo de uma questão do género *o que aconteceria se todos fizessem o mesmo?* é o mesmo que fundamentar a censura *ex iniuria tertii*²⁷⁴ algo que não se coaduna com a imputação individual da responsabilidade penal, podendo falar-se, isso sim, numa “«culpabilidade colectiva» ou vicária.”²⁷⁵ Sustenta-se, portanto, que o autor não seria punido pela sua acção em concreto, mas antes porque se prevê como provável

²⁷¹ No mesmo sentido, Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 360.

²⁷² *Idem, ibidem.*

²⁷³ Como bem adianta Silva Sánchez, a questão não é a “transcendência extraordinária que corresponde à manutenção das nossas condições naturais de vida” mas sim que “os termos de comparação no juízo de proporcionalidade são a pena que se impõe e o conteúdo de risco próprio da conduta (obviamente: em termos isolados) de quem recebe essa pena.” – Silva Sánchez, como na nota 114, pag. 147

²⁷⁴ Silva Sánchez, como na nota 114, pag. 145; Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 340; Rafael Alcácer Guirao, como na nota 31, pag. 14.

²⁷⁵ Rafael Alcácer Guirao, como na nota 31, pag. 14.

a massificação de condutas semelhantes.²⁷⁶ Além da clara violação do princípio da culpa, que só por si seria suficiente para rejeitar esta figura, argumentam ainda que seguir este caminho é frustrar alguns dos efeitos que ele comporta. Neste sentido, Anastosopoulos afirma que “quando o conteúdo de injusto da acção individual não mais encontrar fundamento na conduta defeituosa, mas sim em uma imbricação com um comportamento potencial de massa, já não se poderá ter a expectativa de que o indivíduo, numa situação concreta, delibere conduzir-se no sentido de uma motivação pela norma com base na sua própria responsabilidade.”²⁷⁷

Uma das respostas a esta crítica tem sido feita referindo que só haveria tal violação se no tipo legal de crime constasse a referência ao comportamento de terceiros como fundadora da responsabilidade.²⁷⁸

4. Conclusões intermédias

O facto de, ao longo deste capítulo, termos ensaiado uma série de conclusões e juízos críticos leva a que este ponto se assuma mais como síntese do que como tomada de posição.

Trouxemos ao debate os delitos cumulativos, como figura que surgiu pela necessidade de se encontrarem soluções para o contexto que descrevemos no capítulo I.

Um dos motivos que torna a figura *sub studio* tão interessante para o direito penal é o facto de que ela interpela alguns dos pilares estruturantes do direito penal. Na verdade, este nunca se tinha confrontado com problemas como os que os delitos cumulativos colocam. As acções individuais que eram a regra sem excepção e que traziam os seus efeitos perfeitamente delimitados deram lugar – pelo menos em parte – a uma nova gama de acções em si mesmas consideradas, são inofensivas, mas que quando praticadas por várias pessoas acarretam um potencial lesivo imenso.

Pelo facto de o bem jurídico ambiente ser a face mais visível destes novos problemas não foi de estranhar que fosse um crime de poluição das águas a ser

²⁷⁶ Rafael Alcácer Guirão, como na nota 31, pag. 14; Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 362 e 363; Silva Sánchez, como na nota 114, pag. 145 e ss.

²⁷⁷ Anastosopoulos *apud* Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 334

²⁷⁸ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 238; Augusto Silva Dias, como na nota 172, pag. 342. No entanto, ambos atribuem esta ideia a Roland Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter*, pag. 184 e ss. e 384.

interpretado como um crime cumulativo. De facto, através da análise do § 324 do StGB, e mobilizando também, como vimos, um argumento de carácter sistemático, Kuhlen chega à conclusão que aquele tipo legal criminalizava condutas que em si mesmas não eram susceptíveis de (sequer) colocar em perigo o bem jurídico protegido.

As perspectivas de fundamentação dos delitos cumulativos mostraram-se decisivas quer para uma primeira concretização do que avançámos no capítulo I quer, principalmente, para uma total compreensão daquela figura. Assim, começámos por expor a teoria da sociedade que acentua o aspecto do dano cumulativo como exemplo de dano colectivo resultante da soma de micro-lesões em massa; logo de seguida, ocupámo-nos da teoria que assenta na figura do *free-loader* como aquele se aproveita do escrupuloso cumprimento dos outros cidadãos para retirar vantagens para si.

No presente ponto, que culmina o capítulo II, mais do que repetir algumas das ideias que explanámos, gostaríamos de mostrar o quão proveitoso para a presente dissertação se revelou o estudo destas questões. É que cedo sentimos a necessidade de superar um certo *preconceito* que mantínhamos quanto à fundamentação dos delitos cumulativos através da figura do *free-rider*. Com isto não queremos afirmar que a sufragamos. Não é disso que se trata. Simplesmente, o estudo rigoroso que levámos a cabo teve o efeito de percebermos que ela poderá estar presente com uma intensidade que desconhecíamos. Porém, acrescentamos ao que já referimos, que mantemos sérias dúvidas quanto à consideração de Alcácer Guirao que afirmava que a teoria moral era a que mais respeitava o debate filosófico de fundo. Ora, por tudo que já tivemos oportunidade de expor, principalmente no capítulo I, cremos que a fundamentação dos delitos cumulativos se terá de fazer por via da teoria da sociedade que respeite as notas caracterizadoras da sociedade do *risco*. Isto, sendo certo que ambas as teorias se cruzarão em muitas ocasiões.

Num tom necessariamente mais expositivo, que visou dar a conhecer de forma profunda a figura dos delitos cumulativos, trouxemos também ao debate algumas das críticas que costumam surgir. Ainda que o essencial tenha ficado dito, acreditamos que o quadro só ficará completo se lhe juntarmos uma curta consideração relacionada com o princípio da ofensividade. De facto, cremos que este é o espaço para referirmos que, se por um lado não concordamos com a crítica que expusemos, também não podemos acompanhar a forma como por exemplo Rita Castanheira Neves e Guilherme Costa

Câmara a rebatem. Ora, não contestamos a ideia que ambos parecem perfilha. No entanto, só o poderemos fazer no plano científico na medida em que tal se assume quase como uma verdade de *La Palice*. Parece-nos, isso sim, e apesar do que se acabou de referir, que ela pode ter um valor analítico interessante ainda que não seja, repita-se, susceptível de resolver este problema porquanto percorre um caminho de fundamentação algo forçado.

A forma como esta e outras questões que deixámos, propositadamente, em aberto se podem resolver será algo que ensaiaremos no próximo capítulo. De facto, neste percurso que partiu do panorama geral e ameaça chegar ao particular, as próximas páginas serão dedicadas à nossa visão do problema.

CAPÍTULO III

*Do bem jurídico-penal à acumulação como um problema
de criminalização e de valoração.*

1. Introdução

Após termos percorrido todos os passos que, no nosso entender, seriam indispensáveis para uma correcta definição e delimitação dos delitos cumulativos bem como, necessariamente, da ideia de acumulação, chegou a altura de, em jeito de juízo crítico, assumirmos uma posição na querela acerca da prestabilidade (ou exequibilidade?), ou não, dos delitos cumulativos. Como já se retiraria do que dissemos, consideramos que, em primeiro lugar, há um papel reservado ao direito penal e que consequentemente, nesse papel a ideia de acumulação cumprirá uma função essencial. Deste modo, e porque não se pode falar de delitos cumulativos sem se ter como referente um bem jurídico colectivo, temos que, para uma fundamentada tomada de posição, explorar a questão do bem jurídico. Esta é uma questão que tem motivado várias tomadas de posição, ou não se assumisse ela como uma questão essencial. A este propósito importa ter em conta as palavras de Roxin quando afirma que político-criminalmente a questão que se suscita “reside em saber se a introdução do *topos* da «sociedade do risco» na função do direito penal tem por força de significar o fim da protecção de bens jurídicos”²⁷⁹. Após esta análise, teremos todos os dados para uma tomada de posição.

1.1. Bem jurídico²⁸⁰

O caminho que se percorreu até se chegar ao conceito, ou talvez melhor, à ideia subjacente às várias tentativas de definir o bem jurídico e o que ele significa no seio de uma sociedade democrática, laica e com uma intervenção criminal constitucionalmente iluminada, foi longo: acompanhou, na verdade, vários séculos, mesmo quando ainda nem se falava de bem jurídico.²⁸¹ Numa palavra diremos que não nos parece exagerado afirmar que o triunfo duma ideia, como a que de seguida perfilharemos, de bem jurídico contribui para o triunfo de uma certa concepção de humanismo, assente num direito

²⁷⁹ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 602.

²⁸⁰ Ficará a salvo de qualquer dúvida que definir criticamente onde nos situamos, quando nos referimos ao conceito de bem jurídico, se vai assumir como uma verdadeira questão prévia para culminar este terceiro capítulo.

²⁸¹ Não por falta de interesse, mas antes por respeito a imposições formais, vemo-nos obrigados a não nos alongarmos neste mergulho histórico. No entanto, remeteremos para a completa abordagem que Susana Aires de Sousa faz, na sua obra já citada na nota 120, em especial para as páginas 180 a 193.

penal livre de aporias ou de influências indesejáveis, sejam elas de cariz religioso ou Estatal.

Contudo, não podemos esquecer que as várias propostas que se apresentam para definir bem jurídico são sintomáticas da dificuldade em encontrar um conceito universal. Ainda que algumas dessas mesmas propostas se possam assemelhar, outras afastam-se e implicam, como veremos mais adiante, consequências consideravelmente diversas.

Para H. Mayer, por exemplo, bens jurídicos são os “pressupostos valiosos e necessários para a existência”²⁸²; por seu lado, Rudolphi define-os como “pressupostos instrumentais necessários para o funcionamento do sistema social e para que este sobreviva”²⁸³; Roxin defende que são “circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e para o seu livre desenvolvimento no âmbito de um sistema social global estruturado ou para o funcionamento do próprio sistema”²⁸⁴; já Silva Dias afirma que os “bens jurídico-penais [são] estruturas normativas que exprimem necessidades humanas fundamentais e integram o espaço do reconhecimento intersubjectivo [e que] mergulham as suas raízes na experiência normativa da comunidade”²⁸⁵. Após esta pequena amostra das múltiplas definições que existem²⁸⁶, diremos que acompanharemos a definição apresentada por Figueiredo Dias que considera que esse conceito traduz a “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto, ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”²⁸⁷

²⁸² Roland Heffendehl, *¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de perigo abstracto*, in *RECPC 04-14 (2002)* pag. 1.

²⁸³ Roland Hefendehl, como na nota 282, pag. 2

²⁸⁴ Claus Roxin *apud* Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 173. Cita também esta definição, Roland Hefendehl, como na nota 282, pag. 2.

²⁸⁵ Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 775.

²⁸⁶ Sendo que remetemos, novamente, para Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 171 e seguintes. Aqui podemos encontrar várias definições do conceito de bem jurídico.

²⁸⁷ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 114. Mais uma vez, a escolha pretende-se fundamentada. Optamos por esta definição pela proximidade que, quanto a esta questão, o nosso caminho terá com o pensamento de Figueiredo Dias.

Como se percebe, estamos longe de uma definição espelhada na realidade, não concretizando o desejo de Hassemer quando afirma que “seria desejável que o bem jurídico pudesse ser concebido como «algo concreto, efectivamente existente»”²⁸⁸.

Não obstante termos adoptado um conceito, cremos não entrar em contradição ao defendermos que, mais importante do que a definição será a função ou, se quisermos, o papel que o bem jurídico desempenha no direito penal. É que o exercício do poder punitivo estadual só se torna legítimo se adoptarmos uma perspectiva teleológico-funcional – “na medida em que o (...) o conceito material de crime (...) [tem] de ser encontrado no horizonte de compreensão imposto ou permitido pela própria *função* que ao direito penal se adscresse no sistema jurídico-social”²⁸⁹ – e racional – “na medida que o conceito material de crime vem assim a resultar da função atribuída ao direito penal de tutela subsidiária (ou de *ultima ratio*) de bens jurídicos dotados de dignidade penal.”²⁹⁰ Esta concepção implica, seguindo na esteira de Figueiredo Dias, três condições: em primeiro lugar, deve apresentar um conteúdo material, uma certa corporização para que possa “arvorar-se em indicador útil do conceito material de crime”; em segundo lugar, deve servir como “padrão crítico de normas constituídas ou a constituir, porque só assim” se pode constituir critério legitimador do processo de criminalização e de descriminalização tendo, para isso, de ser transcendente quanto ao sistema normativo jurídico-penal; finalmente, tem de ser político-criminalmente orientado e “nesta medida, intra-sistemático relativamente ao sistema social e, mais concretamente, ao sistema jurídico-constitucional.”²⁹¹ Como afirma Susana Aires de Sousa, reconduzindo estas afirmações a três funções do bem jurídico, é possível descortinar: uma “função crítica [e] igualmente uma função dogmática”, enquanto

²⁸⁸ Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 772. Em sentido crítico contra esta nota abstracta que parece perpassar todas as propostas de definição de bem jurídico diz-nos Hefendehl que ela não resiste quando se apresenta um caso concreto. Exemplificando mobiliza, em tom que nos parece caricatural, o caso do comboio Talgo como um possível bem jurídico já que serve a maioria da população, é bastante utilizado, e não parece que a nossa sociedade possa viver sem um comboio deste tipo. Quer o autor chegar à conclusão de que “a relatividade social e político-jurídica do fenómeno bem jurídico condenamos à triste encruzilhada de eleger entre vaguidão e a selectividade” sendo que a segunda implicaria proteger apenas uma parte dos bens jurídicos. – Roland Hefendehl, como na nota 280, pag 2 e ss.

²⁸⁹ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 113 e 114.

²⁹⁰ *Idem, ibidem.*

²⁹¹ Seguimos em termos ora muito próximos da citação, ora, inclusivamente, citando, Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 116 e 117.

substrato material necessário à espessura da ofensa, de forma a graduá-la como de lesão ou de perigo, e ainda uma função interpretativa e sistemática, cumprida na ordenação das normas incriminadoras contidas na Parte Especial do Código Penal. Do cumprimento destas funções decorre a mais-valia do conceito de bem jurídico na construção de um direito penal legitimado, reconhecido como valioso e fundamental à realização humana em sociedade.”²⁹²

Estas últimas afirmações serão, por assim dizer, a nossa base de trabalho para nos posicionarmos *a final* nesta questão. Teremos de desenvolver, posteriormente, algumas daquelas questões, algo que faremos após expormos como se manifestaram, quanto ao bem jurídico, os novos riscos e as novas questões a que, como temos vindo a mostrar, “o direito penal, na sua «flutuante mobilidade», não ficou imune”.²⁹³ De facto, as *novas* áreas sobre as quais o direito penal teve de intervir, agudizaram ainda mais a discussão em torno do conceito e papel do bem jurídico.

Como é por demais evidente, por tudo o que já referimos, “a protecção jurídico-penal que se baseia somente na lesão de bens jurídicos clássicos (...) chega demasiado tarde [no que toca às] novas fontes de perigo porque (...) não se conhecem suficientemente as condições específicas que irão provocar num caso concreto a lesão e (...) porque a constatação da relação causa-efeito cria, todavia, importantes problemas do ponto de vista dogmático e da sua aplicação prática.”²⁹⁴

1.1.1. A concepção monista-pessoal do bem jurídico-penal

O espaço que dedicaremos a esta concepção será, necessariamente, curto. O que referimos no capítulo I, concretamente no ponto 2.2., tendo inclusivamente abordado directamente a ideia de bem jurídico, faz com que não necessitemos de cair em repetições.

²⁹² Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 172 e, noutro sentido, mas igualmente importante, pag. 191.

²⁹³ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 202.

²⁹⁴ Paz M. de la Cuesta Aguado, como na nota 170, pag.92.

No entanto, abriremos uma exceção para reafirmar que, por exemplo segundo Hassemer, o bem jurídico perdeu a sua função crítica erigindo-se apenas como fundamento de novas criminalizações.²⁹⁵

A traço largo diremos que os defensores desta concepção, e aqui temos de atribuir à denominada “Escola de Frankfurt”, perfilham uma tentativa de salvar o património que a época da Ilustração nos deixou, “reservando ao direito penal o seu âmbito clássico de tutela (os direitos fundamentais dos indivíduos) e os seus critérios experimentados de aplicação [reforçando] a ideia de que se está perante um autêntico bem jurídico-penal somente quando ele se possa conceber como expressão de um interesse do indivíduo.”²⁹⁶ Temem, entre outros problemas, por uma excessiva tutela preventiva, sendo que Hassemer, na sua proposta que podemos ver no ponto 2.2.1. do primeiro capítulo, atribui ao direito penal básico, que contrapõe ao direito de intervenção, a tutela de bens jurídicos individuais e colocações de perigo grave. Deste modo, um “direito penal reduzido ao seu núcleo essencial deveria ser exaurido, entre outros, dos crimes económicos, dos crimes tributários, dos crimes ambientais, dos crimes relacionados com estupefacientes.”²⁹⁷

Neste sentido, “no plano do bem jurídico, o recurso a um direito penal de segurança e prevenção, e como tal funcionalizado, colocaria em causa o princípio fundamental da protecção exclusiva de bens jurídicos, assim como o princípio da subsidiariedade.”²⁹⁸ Como nos ensina Susana Aires de Sousa, numa curta abordagem à doutrina italiana quanto a esta questão particular, também autores como Alessandro Baratta e Luigi Ferrajoli se posicionam muito perto de um direito penal mínimo, nos termos do que temos vindo a descrever. O primeiro defende que a “intervenção penal só estará legitimada se condicionada a uma série de limites impostos pelos direitos individuais, entre os quais se destacam os princípios da reserva de lei e da irretroactividade das normas penais, os princípios da subsidiariedade, da

²⁹⁵ Winfried Hassemer, como na nota 130, pag. 47. *Vide supra* capítulo I, ponto 2.2.

²⁹⁶ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 137. Chamamos à atenção para a nota 80 desta página, onde o autor explica que foi Schünemann quem pela primeira vez cunhou tal corrente.

²⁹⁷ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 138. No mesmo sentido, Susana Aires de Sousa, como na nota 120, pag. 207.

²⁹⁸ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 206.

proporcionalidade, da culpa individual e o respeito pelas normas culturais”²⁹⁹, sendo que assim se exclui o âmbito de intervenção do direito penal de vários campos. Para o segundo, “um programa de direito penal mínimo deve pautar-se por uma maciça deflação dos bens penais”³⁰⁰, só sendo bem jurídico aqueles bens cuja lesão afecta pessoas reais, de carne e osso, ficando assim fora deste conceito, por exemplo, crimes contra o Estado.

1.1.2. A proposta de Stratenwerth

Iremos agora analisar uma perspectiva que para além de ter suscitado a curiosidade de todos aqueles que se cruzam com o tema do bem jurídico no seio dos novos problemas, proclama a “função irrenunciável que – até por razões morais – cabe ao direito penal na tutela das gerações futuras.”³⁰¹

Stratenwerth³⁰², partindo da ideia de que as respostas que o direito penal tem para oferecer não se apresentam como viáveis quando confrontadas com a nova realidade, defende que os fundamentos do direito penal tradicional e do direito penal do futuro são diferentes.³⁰³ Já tivemos oportunidade de descrever tanto um como outro; daí que possamos referir que, para Stratenwerth, a “punibilidade dos crimes relacionados com o futuro – dos «delitos de risco», como são apelidados pelo autor – deve assentar numa ideia [diferente da de bem jurídico]: em grandes «normas de comportamento» dirigidas à preservação de contextos vitais.”³⁰⁴ Refere o professor de Basileia que este conceito nem é nada de novo no direito penal, na medida em que já algumas incriminações fundamentam a punibilidade, não em nenhum bem jurídico (individual ou colectivo) mas em “normas de comportamento culturalmente enraizadas”³⁰⁵. Um

²⁹⁹ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 208.

³⁰⁰ Luigi Ferrajoli *apud* Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 209.

³⁰¹ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 140.

³⁰² Refere Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 226 que “o terrível incêndio que envolveu a empresa farmacêutica Sandoz, ocorrido em Basileia, no já distante ano de 1986, e que trouxe graves danos ambientais ao rio Reno (...) serviu de estímulo” para que o autor se debruçasse sobre estas questões.

³⁰³ Em termos próximos da citação, Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 833.

³⁰⁴ Augusto Silva Dias, como na nota 178, pag. 833 e 834. No mesmo sentido, Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 139 e ss; Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 226 e ss.

³⁰⁵ Stratenwerth *apud* Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 834.

exemplo do que acaba de se afirmar seria a ofensa à memória de pessoa falecida.³⁰⁶ Depois de tentar demonstrar que já existem *normas de comportamento* no direito penal tradicional, o autor afirma que elas terão, no entanto, um papel diferente no direito penal que tutela o futuro, a saber: “uma função propulsora de novos valores [já que] a consciência ético-social não acompanha nem dá resposta aos problemas colocados pela evolução social, económica e técnica”³⁰⁷.

Algo que considerámos curioso na proposta do autor *sub studio* foi o facto de estes «delitos de risco» se apresentarem como permissões gerais com reserva de proibição, na medida em que se baseiam “na regulação de certas formas de lidar com a natureza que correspondam a uma utilização sensata dos bens ambientais”³⁰⁸. Na verdade, ainda mais interessante se nos afigurou, quando percebemos o teor das limitações impostas à intervenção penal em relação ao futuro, a saber: uma estrita obediência ao princípio da legalidade; a ideia de que as naturais dificuldades da técnica de tutela devem ser resolvidas através de uma combinação entre normas gerais de comportamento e deveres de cuidado, referidos a certas fontes de perigo, sendo certo que só haverá responsabilidade penal quando se ultrapassarem os limites de risco permitido; e por fim, a exigência para a aplicação de sanções penais, que a norma em questão tenha um grande grau de aceitação social, já que “as disposições são normas secundárias (...) que têm sempre de ser precedidas ou de ter por base regras de comportamento susceptíveis de consenso.”³⁰⁹ Consideramos que teria muito mais lógica, como afirma Augusto Silva Dias, que a construção do ilícito se fizesse através de proibições gerais com reserva de autorização.³¹⁰ Só desta forma será possível respeitar o princípio *nullum crimen, nulla pena sine lege*.. bem como só assim se poderá

³⁰⁶ Do mesmo modo, este tipo legal é usado por José de Faria Costa quando quer demonstrar que também há tutela penal de bens jurídico-penais sem *assento* constitucional. Como podemos ler em Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 178 e 179, em especial na nota 366, o penalista de Coimbra considera que o “direito penal não se queda, na sua eficácia sancionatória, na protecção directa e imediata de bens jurídicos, para se postular e assumir também como direito sancionador de comportamentos ético-socialmente desvaliosos”. *Cum granus sallis* podemos encontrar aqui uma certa aproximação à perspectiva agora em análise.

³⁰⁷ Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 834.

³⁰⁸ *Idem, ibidem*, pag. 834 e 835.

³⁰⁹ Stratenwerth *apud* Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 835. Seguimos de perto este autor também na enumeração das condições que Stratenwerth exige.

³¹⁰ Em termos próximos da citação, Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 837.

escapar à crítica de que na sua proposta se trata de criar ilícitos artificiais, que assentam na mera desobediência, única e exclusivamente em “torno do desvalor de conduta”³¹¹ e, por tudo isto, redundando num direito penal do comportamento.³¹²

Estas curtas linhas bastam para nos colocarmos perante uma pergunta chave: esta proposta visa um novo paradigma do direito penal, derrubando o *direito penal da lesão do bem jurídico*, para nascer um direito penal referido ao desvalor de acção?

Guilherme Costa Câmara, na sua obra sobre os delitos cumulativos, afirma que Stratenwerth “deixa cristalino que não pretende despedir-se do conceito de bem jurídico (ou dos princípios basilares do direito penal) [havendo *apenas*] uma relativização crítica daquele dogma, (...) apenas o «abandono de uma proeza teórica»”³¹³ que não se afigura suficiente face aos novos riscos, mormente para as gerações futuras. Como prova da preocupação do penalista de Basileia pela manutenção, nos termos que descrevemos, do conceito de bem jurídico, poder-se-ia referir os avisos que o autor faz de que o conceito de bem jurídico corre o risco de se liquefazer³¹⁴, muito pela proliferação de crimes de perigo abstracto que estendem em demasia o princípio da ofensividade. No entanto, acompanhamos o autor brasileiro que acabámos de citar, quando afirma que esta proposta está direccionada “a afastar *topicamente* e de modo cirúrgico o instrumento do bem jurídico”³¹⁵, sendo que, ainda que tal não se entendesse, não se vislumbra como se podem conciliar estas «normas de comportamento» com as funções que acima atribuímos ao bem jurídico e que, reafirmamos, ele pode (deve!) ainda manter.

Outro dos argumentos que nos parece inevitável refere-se directamente à função propulsora de novos valores que estas «normas de comportamento» teriam para *educar*

³¹¹ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 231.

³¹² *Vide*, para uma detalhada crítica quanto a esta questão, Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 838.

³¹³ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 234 e 235.

³¹⁴ Quanto a esta insistência de Stratenwerth na necessidade de uma tangibilidade do bem jurídico, alerta Augusto Silva Dias que é uma ideia que não “colhe apoio nem no plano histórico, nem no plano teórico-reconstrutivo. Sabido é que tanto em Birnbaum, como em Binding ou em von Liszt o bem jurídico é aceite também para designar objectos de tutela supra-individuais que estão longe de apresentar uma densidade palpável, se é que isso existe.” Logo, “se a dimensão da liberdade e as condições sociais do seu exercício mudaram, por que razão o bem jurídico tem de permanecer estático, preso a uma idealizada consistência palpável.” – Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 839 e 840.

³¹⁵ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 236 e 237

os cidadãos, já que a ética-social não acompanha o ritmo dos novos problemas. Corre-se o risco de abrir espaço a um direito penal destinado a moldar os comportamentos das pessoas ou, numa palavra: funcionalizado a valores que não lhe compete tutelar. Abrindo-se a porta a uma intervenção penal fundamentada nos termos em que o penalista de Basileia o faz, estamos em crer que o limite da criminalização de condutas seria uma miragem. Acreditamos que a bem intencionada proposta que aqui criticamos logo seria aproveitada para se estender a criminalização a campos mais duvidosos. Neste mesmo sentido, Figueiredo Dias considera que a proposta de Stratenwerth “conduziria a um requiem pela própria função do direito penal, pela questão da sua legitimação, e a um regresso a um direito penal moralista (...) propulsor de fins ideológicos.”³¹⁶ De forma também certa, Silva Dias, aponta a contradição do pensamento de Stratenwerth quando afirma: por um lado que as normas penais têm carácter secundário, não podendo por isso “suportar pretensões vanguardistas à resolução de problemas sociais”³¹⁷; e, por outro, que lhes caberia aquele papel propulsor de uma *nova ética*. Acompanhamos, talvez até de forma mais veemente do que o próprio Silva Dias³¹⁸, esta crítica.

Outras críticas que usualmente se dirigem a esta perspectiva prendem-se por um lado com o facto de esta ser uma “proposta voltada a orientar o direito penal exclusivamente para a prevenção de crimes, [e por outro], a gravidade das ameaças que pesam sobre o planeta, em si mesma, não deveria conduzir inelutavelmente à ingerência penal, na verdade apenas atestaria a inadequação do seu *instrumentarium*.”³¹⁹

Considerámos essencial na nossa reflexão estudar esta proposta porque, como lapidarmente Wohlers a descreve, ela apresenta “uma convincente descrição do estado

³¹⁶ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 606. Apesar desta crítica, Figueiredo Dias refere, na página 1138 do estudo citado na nota 33, que a sua posição, a qual veremos adiante, acaba por se aproximar da de Stratenwerth sendo, no entanto, certo que “não [deseja] apresentar esta concepção como uma alternativa ao direito penal do bem jurídico” antes mantém-se “fiel ao paradigma jurídico-penal iluminista que nos acompanha (...) e que pode ser fonte de desenvolvimento e de progressos mesmo no seio da «sociedade do risco»”.

³¹⁷ Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 835.

³¹⁸ Apesar das críticas de Augusto Silva Dias de que demos conta, na medida em que as acompanhamos, este tenta aproveitar ao máximo o pensamento de Stratenwerth sendo que, para tal, supera, interpretando, algumas destas incongruências

³¹⁹ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 237.

de coisas existente”³²⁰ seja porque, e seria pouco lúcido negá-lo, do que cuidamos é de uma possível atribuição de responsabilidade jurídico-penal a comportamentos que há não muito tempo atrás eram aceites como normais no nosso quotidiano, seja porque, agora noutra plano, as vozes que pedem que o direito penal assuma um papel principal na tutela destes riscos são uma realidade tão evidente como a que, no outro extremo, rejeitam qualquer papel da tutela de *ultima ratio*.

Rejeitamos a proposta de Stratenwerth, sustentados nos argumentos que acabámos de mobilizar. No entanto, temos noção que, num esforço de coerência com o que defenderemos mais à frente somos obrigados a aceitar que, como refere Silva Dias, “as normas de comportamento ocupam um papel sem dúvida importante (...) na composição do ilícito-típico de incriminações” de condutas como as que analisamos nesta reflexão. No entanto, e este é o ponto em que nos manteremos irredutíveis, elas não têm a capacidade de substituir a importância do conceito de bem jurídico.

1.1.3. Os bens jurídicos de *referente pessoal* – exposição à luz do pensamento de Silva Dias

A concepção de Silva Dias, fortemente influenciada pelo pensamento de Habermas, perfilha, e teremos que o dizer em termos assumidamente sintéticos, que a validade jurídico penal “permanece internamente ligada ao pressuposto normativo estruturante do nosso mundo da vida que é o reconhecimento intersubjectivo”³²¹, sendo que este se apresenta como a “estrutura prática básica, o pressuposto normativo que preside à interacção comunicativa no mundo da vida das modernas sociedades democráticas”³²². Ora, esta ideia, de nota inequivocamente intersubjectiva, perpassa a validade jurídico-penal, quer na justificação da intervenção penal, quer, consequentemente, na definição material do ilícito-culposo punível.³²³ Afirmo o autor que o “desvalor da acção e o desvalor do resultado do ilícito genuinamente penal consistem na violação insuportável de objectos valorativos – norma de comportamento e bem jurídico-penal – que medeiam e ordenam as relações sociais de reconhecimento

³²⁰ Wohlers *apud* Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 236.

³²¹ Augusto Silva Dias, como na nota 6, pag. 329.

³²² Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 583.

³²³ Augusto Silva Dias, como na nota 6, pag. 329.

intersubjectivo”³²⁴. Numa palavra: o ilícito jurídico-penal consiste numa negação do reconhecimento recíproco, sendo que a ofensa ao bem jurídico, bem como a violação da norma, “são elementos internos ao ilícito jurídico-penal que estão relacionados com a negação do reconhecimento como seu constituinte simbólico.”³²⁵ Estas são as notas subjacentes do que Silva Dias apelida de um Direito penal de base intersubjectiva – que contrapõe ao Direito Penal sistémico. Aquele, subordinaria a intervenção penal a “estruturas prático-éticas que reúnem o consenso fundamentado dos sujeitos participantes e que, através de processos de institucionalização, regulam a respectiva interacção”³²⁶ (discurso de validade). Assim, para o autor, estes traços implicam que se subordine o ilícito penal a bens jurídicos dotados de referente pessoal “e a um conceito de dano entendido como diminuição do valor de um bem para o seu titular” sendo a única, e reforçamos, no entender do autor³²⁷, que “preconiza uma estrutura de imputação individual (...) apoiada nos princípios da ofensividade e da culpa.”³²⁸

Iremos analisar, dentro desta concepção, como é que o autor problematiza a questão do bem jurídico no que *ao nosso* tema diz respeito, com especial relevo para aqueles que não se reconduzem, unicamente, a um bem individual, sendo denominados, de bens supra-individuais.

Antes desta análise em concreto, analisaremos a possível tendência para a desmaterialização do conceito de bem jurídico. Aquilo que definimos no capítulo I como cenário em que se apresentam, abreviando, os problemas da «sociedade do risco» traz consigo duas consequências: por um lado os objectos jurídico-penais “tornam-se cada vez mais (...) espiritualizados ou subjectivados e, assim, subtraídos à percepção sensorial quotidiana”³²⁹; por outro lado, e como reacção, “o normativismo propaga-se

³²⁴ Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 684

³²⁵ *Idem, ibidem*, pag. 865

³²⁶ Augusto Silva Dias, como na nota 6, pag. 322.

³²⁷ De facto, daremos conta dos aspectos que merecem a nossa concordância com o pensamento de Silva Dias. No entanto, estamos em crer que no final deste estudo as diferenças serão notórias e dispensarão que nos detenhamos, de forma directa, a dissecar a sua posição. Tal debate, por muito interessante que nos pareça, não nos deixaria espaço para outras questões mais relacionadas com o nosso tema.

³²⁸ Augusto Silva Dias, como na nota 6, pag. 322, 323 e 324. Quanto ao princípio da culpa, da ofensividade, e da proporcionalidade remetemos para o que tivemos oportunidade de dizer no ponto 2.2. do presente capítulo.

³²⁹ Keller *apud* Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 773.

(...) estimulando o sistema jurídico à definição e percepção autónomas dos seus próprios objectos.”³³⁰ Diz-se, em jeito de conclusão, que, quer os bens jurídicos individuais (vida, integridade física etc...) ³³¹ quer os bens jurídicos supra-individuais, não escapam a esta desmaterialização ou espiritualização.³³²

Esta desmaterialização não se nos apresenta problemática na medida em que, segundo pensamos, um bem jurídico não se apresenta como uma entidade empírica mas antes como um conceito jurídico. Por isso mesmo, surge-nos como valioso ou, de outro modo, digno de tutela penal por via de uma interpretação que o legislador faz enquanto responsável pela decisão de criminalizar, visando proteger, a ofensa a bens jurídicos penais. Como afirma Silva Dias, e aqui aproximamo-nos da sua análise, “o bem jurídico e a ofensa ao bem jurídico – não é demais repeti-lo – são realidades normativas”³³³, sendo que a tendência para a desmaterialização “é fruto, não de uma deficiência originária (...) mas da sua natureza simbólica, pré-interpretada”³³⁴.

Chegando à conclusão de que não é possível distinguir bens jurídicos individuais e supra-individuais pelo critério de material-tangível vs imaterial-abstracto, o autor avança, sempre dentro do quadro de validade por ele trilhado, que a distinção será feita na sede dos bens jurídicos que é, para Silva Dias, “a experiência normativa da comunidade, e se esta é suportada e constituída por relações interpessoais, então o objecto ou conteúdo dos bens jurídicos”³³⁵ terá de espelhar estas estruturas. Para tal, e apoiando-se em Zaczyk, parte da distinção entre âmbito interpessoal estreito – *local* em que se formavam os bens jurídicos individuais – e âmbito social que descortinariam - “bens que não podem ser referidos imediatamente a indivíduos singulares, mas estão relacionados com a sua liberdade.”³³⁶ Como afirma Silva Dias estas “estruturas de interacção, que medeiam as relações sociais indirectas, e correspondem aos bens jurídicos supra-individuais, como o ambiente, têm natureza acentuadamente normativa,

³³⁰ Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 773.

³³¹ Os avanços na medicina obrigam a uma redefinição de conceitos como a morte, as injúrias, a honra etc.

³³²³³² Quanto a esta questão, Keller refere que a poluição da água também se apresenta excessivamente *normativizada*. Cfr. Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 774.

³³³ *Idem, ibidem*, pag. 776.

³³⁴ *Idem, ibidem*, pag. 776.

³³⁵ *Idem, ibidem*, pag. 777 e 778.

³³⁶ Zaczyk *apud* Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 778.

espiritual, pelo que a tendência para a desmaterialização do objecto surge aqui como um fenómeno normal.”³³⁷

Resumindo, o facto de se aceitar bens jurídicos supra-individuais não traz consigo nenhuma desmaterialização ou espiritualização, para além da que já existiria quando se trata de bens jurídicos individuais (v.g. o caso da honra surge como exemplo disso mesmo). Deste modo, e por concordarmos no essencial com o que Silva Dias sustenta, e que mostrámos até aqui, é que não compreendemos a *opção* por bens jurídicos de *referente pessoal*. Antes de explicitarmos as razões da nossa incompreensão, vejamos em que consiste a sua proposta que, diga-se, é sufragada por vários outros autores.

Este penalista português cunha a sua posição como pessoal-dualista, algo que, afirma, tem duas implicações: “primeiro, não há bens jurídico-penais sem titulares e esses titulares não podem ser senão pessoas, encaradas ora na sua individualidade ora na sua sociabilidade; segundo, a tutela de uns não tem de ser funcionalizada à tutela de outros.”³³⁸ Como se depreende, o bem jurídico-penal apresenta-se aqui com um referente pessoal, conferindo aquele conceito uma indispensável nota antropocêntrica. No entanto, tal referente e tal nota não se confundem com uma defesa do conceito *sub studio* nos mesmos moldes daqueles que atribuímos à “Escola de Frankfurt”.³³⁹ Segundo Silva Dias, “o homem moderno autocompreende-se (antropológica e eticamente) cada vez mais como sujeito comunicativo (...) como «ser-com-os-outros», interessado em erguer estruturas normativas que assegurem a protecção eficaz desta sua condição intersubjectiva.”³⁴⁰ Daqui emergem os bens jurídicos da sociedade civil que integram também, como refere Zazyk, “elementos do Dasein, da liberdade”³⁴¹, e que surgem como projecção dos problemas da sociedade do risco.

Quanto ao facto da estrutura antropocêntrica, e após rejeitar, a discussão entre éticas ecocêntricas e antropocêntricas, refere contudo que a grande divergência está ao nível da identificação dos sujeitos. Ora, quanto a este ponto Silva Dias defende, a nosso

³³⁷ Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 778.

³³⁸ *Idem, ibidem*, pag. 766.

³³⁹ E que, recorde-se, apenas aceita a existência de bens jurídicos individuais.

³⁴⁰ Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 765.

³⁴¹ Zazyk *apud* Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 765 e 766

ver com razão, que a ética será, evidentemente, antropocêntrica porque só será capaz de se influenciar por uma ética quem consiga mobilizar argumentos para a rebater e/ou quem possa ser responsabilizado pelo menoscabo do meio que nos envolve.³⁴²

“Por outro lado, o referente pessoal permite, juntamente com as características da divisibilidade e consumibilidade atinentes ao objecto do bem diferenciá-los de outros bens colectivos.”³⁴³ Como exemplo, o autor avança que o ambiente, ao contrário da segurança do Estado, é susceptível de fruição individual e consumível, na medida em que o seu *uso* em massa implica um desgaste. Assim, o referente pessoal ajuda, dentro da categoria dos bens colectivos, na questão de saber quais os bens jurídicos pessoais-difusos, susceptíveis de fruição individual.³⁴⁴ Donde, “do domínio penal deveria excluir-se, por isso, a lesão de interesses funcionais pela ausência de algo que possa ser intersubjectivamente experimentado como uma perda ou dano pessoal: é a incapacidade de ser consumível individualmente, e conseqüentemente, a ausência de referência pessoal que transparece nos chamados bens colectivos.”³⁴⁵ Em termos muito breves, diremos que, quanto ao exemplo da segurança do Estado, não contestaremos que ela se apresenta impossível de ser consumível, ou *deteriorizável*, mediante o uso. No entanto, não nos parece que ela seja passível de fruição individual, entendendo o sujeito inserido na sociedade. Valemo-nos de tudo quanto pudemos partilhar com Silva Dias quando abordámos o problema da desmaterialização do bem jurídico, chegando à conclusão de que tal não seria um obstáculo, existindo bens supra-individuais que nasceriam dum âmbito social, bens que não podem ser referidos imediatamente a indivíduos singulares, mas estão relacionados com a sua liberdade. Ora, o não serem referidos imediatamente a indivíduos singulares não implica a conclusão de que eu, enquanto cidadão e indivíduo, não possa fruir da segurança do Estado, nem implica que quem contra ela atente – escusando-nos a reflectir em que moldes tal acção possa ter lugar - viole um bem jurídico-penal.

E com estes argumentos abrimos espaço para referirmos, sinteticamente, porque não concordamos com o caminho dos bens jurídicos de referente pessoal. Se de facto, como vimos, a aceitação de bens jurídicos supra-individuais não acarreta nenhuma

³⁴² Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 770.

³⁴³ *Idem, ibidem*, pag. 766.

³⁴⁴ *Idem, ibidem*, pag. 767.

³⁴⁵ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 143.

desmaterialização; se é a experiência normativa da comunidade suportada por relações interpessoais que determinará o conteúdo dos bens jurídicos; se ainda podemos concordar que há bens jurídicos que surgem dum âmbito social, não reconduzíveis a um indivíduo singularmente considerado mas, *a contrario*, reconduzíveis ao cidadão, enquanto ser socialmente participativo. Se tudo isto for verdade, então não consideramos útil a procura duma materialização, ainda que esta ocorra ao nível da titularidade, *rectius*, da titularidade do dano. É que como também analisámos, bem jurídico é um conceito normativo, que interpreta a realidade, atribuindo-lhe um valor digno de tutela penal, logo, já será expressão dum interesse individual *ou da comunidade*. Numa palavra: acreditamos que, enquanto a argumentação seguida por Silva Dias, que seguimos acima, aponta a existência de bens jurídicos supra-individuais verdadeiramente independentes, já a procura por um referente pessoal rejeita esta independência e coloca estes bens jurídicos como “derivados de bens jurídicos individuais [perspectivando] a protecção penal colectiva como tutela *antecipada* de bens jurídicos individuais”³⁴⁶. De forma contundente, Figueiredo Dias afirma que se com o referente pessoal “se quer dizer que os bens jurídicos colectivos existem *por causa do Homem*, então é difícil duvidar de tal asserção: isso sucede com tudo o que é fruto do espírito e do labor humano (...). Mas isto é uma coisa – e evidente.”³⁴⁷ Outra é apenas aceitar bens jurídicos colectivos, desde que se reconduza à protecção de bens jurídicos individuais, exigindo-lhes um referente pessoal ou que “fossem «dedutíveis» a partir de bens jurídicos individuais.”³⁴⁸

Concluindo, ainda com Figueiredo Dias, “a ser assim, então estará aqui presente – se bem que talvez só na «face oculta da lua» - uma «concepção monista-pessoal do bem jurídico» perante a qual o tratamento jurídico-penal dos problemas da sociedade do risco parece implicar a alteração do paradigma penal, assente na função de tutela subsidiária de bens jurídicos.”³⁴⁹ Para mais, este entendimento, que atribuímos a Silva Dias, faria com que estes bens jurídicos de referente pessoal “estariam sempre

³⁴⁶ Figueiredo Dias, como na nota 33, pag. 1131.

³⁴⁷ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 603.

³⁴⁸ Figueiredo Dias, como na nota 33, pag. 1130 e 1131

³⁴⁹ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 603. Como percebemos pelo exposto, a denominação de dualista surge, de certa forma, como resposta a esta crítica - Cfr. Augusto Silva Dias, como na nota 179, pag. 766.

hierarquicamente subordinados aos bens jurídicos individuais, sendo a sua violação, por princípio, menos gravosa.”³⁵⁰

1.1.4. Os bens jurídicos colectivos no pensamento de Hefendehl

Pela importância que revelará nesta dissertação, mas também pelo papel que desempenhou no desenvolvimento do conceito de bem jurídico colectivo, a reflexão sobre as ideias de Hefendehl, para já unicamente direccionadas ao conceito de bem jurídico colectivo, mostram-se determinantes.

O professor alemão afirma que a doutrina penal hodierna vai utilizando um *presente envenenado*. De facto, o argumento que afirma a vitalidade do conceito de bem jurídico parece ser a última tentativa de arrastar “o conceito de bem jurídico para o leito da morte, exigindo-lhe prestações que simplesmente o superam.”³⁵¹ Correntes contra o bem jurídico parecem reduzir a sua função, equiparando-o ao objecto da acção. Contra esta postura, e numa verdadeira tarefa que visa aprofundar o conceito de bem jurídico colectivo, Hefendehl procura, por um lado, sistematizar os bens jurídicos colectivos, e por outro, desmascarar bens jurídicos aparentemente colectivos.

Ainda que o autor afirme, perto de Kindhäuser, que bens jurídicos colectivos são “aqueles que servem os interesses de muitas pessoas – da generalidade”³⁵² a ideia de que estes bens “serão sempre úteis à generalidade não basta como critério exclusivo para determinar a sua estrutura e sistematização”³⁵³, já que tal critério revelar-se-ia intoleravelmente heterógeneo e, por isso, insuficiente para, por si só, legitimar a figura.

Outra tese, que não merece o nosso apoio, é a pura e simples recusa de bens jurídicos colectivos. Quanto a este ponto, considera o autor que tal ideia “nem sequer se sustenta coerentemente [já que] ninguém conseguiu gizar um direito penal sem crimes

³⁵⁰ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 603.

³⁵¹ Roland Hefendehl, *El bien jurídico como eje material de la norma penal*, in *La teoría del bien jurídico - ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, pag. 179.

³⁵² Roland Hefendehl, como na nota 282, pag.2 e 3.

³⁵³ Roland Hefendehl, como na nota 351, pag.182.

contra a administração pública, contra a administração da justiça ou contra a falsificação de moeda.”³⁵⁴

Numa sistematização dos bens jurídicos que Hefendehl cataloga de “«tosca»”³⁵⁵ podemos diferenciá-los entre Estado e Sociedade, diferenciação esta que, apesar de ter visto o seu significado modificado na actualidade, continua sem ser obsoleta “e separa os bens jurídicos que geram âmbitos de liberdade para os indivíduos, dos bens jurídicos protectores”³⁵⁶ de “um conjunto de factores (estaduais) tidos por estruturantes (voltados tanto à organização como à protecção da existência do Estado).”³⁵⁷

No primeiro grupo integram-se aqueles bens jurídicos que “com a sua permanente presença margeiam com a vida dos membros da sociedade”³⁵⁸, necessitando exactamente por essa ligação, de um menor esforço de fundamentação. No entanto, esta maior proximidade com a pessoa levanta a questão da própria delimitação entre bens jurídicos colectivos e bens jurídicos individuais. É então que Hefendehl se propõe analisar três exemplos que, muito resumidamente, apresentaremos.

Partindo do §283 do Código Penal alemão, e referindo-se aos delitos de insolvência, o autor propõe-se a desmontar os argumentos que, da protecção da satisfação dos credores bem como do seu património, logo procuram também encontrar um aspecto supra individual nesta tutela: seja porque os danos financeiros provocados pelas insolvências afectam a economia em geral; seja porque uma insolvência provocará *danos em cadeia*, pois atingem não só os fornecedores mas também as empresas dependentes; seja ainda porque se descortina aqui a necessidade de tutelar a solidez da ordem económica e as suas diversas instituições.³⁵⁹ No entanto, como bem nota Hefendehl, estas três tentativas de fundamentar (ou encontrar) um bem jurídico

³⁵⁴ Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 182. Curiosa a ideia de que as concepções que se mantêm irredutíveis em bens jurídicos individuais escolhem “pesos ligeiros como adversários; tipos penais que (...) se forem analisados correctamente, frequentemente nem sequer concernem a bens jurídicos colectivos, mas antes a uma protecção individual de direitos individuais que no fundo resulta supérflua.” Refere-se o autor a casos como por exemplo o *perverso* bem jurídico saúde pública nos crimes de droga.

³⁵⁵ Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 182.

³⁵⁶ *Idem, ibidem*, pag. 182 e 183.

³⁵⁷ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 406.

³⁵⁸ Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 183.

³⁵⁹ Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 183 e 184.

colectivo naquele tipo legal não passam de “um puro reflexo de protecção” à semelhança do que se passa com os roubos em relação à segurança pública.³⁶⁰ De facto, num roubo, mesmo que estes sejam praticados em massa, e ainda que o sentimento de segurança da população seja compreensível e expectavelmente afectado, nunca se dirá que a tutela penal recai sobre um bem jurídico colectivo. “Por tudo isto, o §283 só está em condições de proteger a economia creditícia na medida em que seja composto de singulares (potenciais) credores e seus patrimónios.”³⁶¹

Outro caso, que segundo o autor *sub studio* se apresenta especialmente interessante para o que agora discutimos, é o da diferença entre falsificação de moeda e de documentos. Refere Hefendehl que, enquanto que no primeiro caso “o bem jurídico radica na confiança do tráfego monetário”³⁶², já no segundo se tutela a “fiabilidade do tráfego probatório ou a confiança nele”³⁶³. Percebemos então que “a diferença deve-se a que, regra geral, no caso de falsidade documental a declaração de ideias materializada é especial, pelo que não pode ser utilizada – ao contrário da moeda falsa – por uma pluralidade de pessoas indeterminada”³⁶⁴, assim como, enquanto que o número de outorgantes é praticamente ilimitado já no caso da moeda só instituições específicas (por exemplo, o BCE) é que podem colocá-la em circulação. Numa palavra: destes dois casos temos que concluir que “a falsidade documental no que toca a documentos não revestidos de fé pública não afecta nenhum bem jurídico colectivo.”

Por último, o autor recusa a tese de que os crimes contra a paz pública – entendida como um estado de segurança jurídica geral bem como de confiança por parte dos cidadãos - protegem bens jurídicos colectivos.³⁶⁵ “Uma perturbação da paz pública existiria (...) quando um certo número, indeterminado mas grande, de grupos de população tenham visto prejudicada a sua confiança pelo menos transitoriamente na eficácia protectora do ordenamento jurídico.”³⁶⁶ Porém, *só isto* não basta para se iluminar algum bem jurídico colectivo bem como, e no mesmo sentido, “está ausente

³⁶⁰ *Idem, ibidem.*

³⁶¹ *Idem, ibidem*, pag. 185.

³⁶² *Idem, ibidem.*

³⁶³ *Idem, ibidem.*

³⁶⁴ *Idem, ibidem.*

³⁶⁵ Em termos muito próximos da citação, Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 186.

³⁶⁶ Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 186.

um objecto de confiança supra individual suficientemente concreto [e] que proporcione aos indivíduos máximas de acção ou de conduta.”³⁶⁷ Esta citada confiança não é por si legitimadora da intervenção penal, redundando numa impossibilidade quando se tenta responder à pergunta de quando é que este bem jurídico estaria lesado ou, tão só, em perigo. É que, como nota Hefendehl, “a idoneidade para perturbar a paz pública não pressupõe a possibilidade da sua ausência mas uma acção capaz de causar insegurança numa pluralidade de indivíduos.”³⁶⁸

Regressando à tal sistematização *tosca*, falta-nos abordar o outro *grande grupo*: o do Estado, *rectius*, os bens jurídicos colectivos que protegem a estrutura do Estado nos seus diferentes níveis. E aqui tratar-se-á “sempre da penalização de condições de existência do Estado.”³⁶⁹ Afirma Hefendehl que o *quivis ex populo* não precisa da sua tutela plena para que possa desenvolver livremente a sua personalidade, algo que decorreria até da escassa e difícil relação que existe entre um qualquer membro da comunidade e o bem jurídico colectivo. Numa palavra: “ a questão deve formular-se inversamente, em que medida necessita o Estado dos tipos penais para se manter estável.”³⁷⁰

Feita esta divisão, procura Hefendehl estruturar os bens jurídicos colectivos, mobilizando alguns conceitos que podem contribuir para uma definição desta ideia, a saber, o conceito de *não exclusão* no uso e de *não rivalidade* no consumo. “Para delimitar os direitos dos bens colectivos destaca-se também o conceito de *não distributividade* que nos diz que um bem será colectivo se for conceptual, real ou juridicamente impossível dividir este em partes e atribuí-las aos indivíduos em porções.”³⁷¹ Esta compreensão exigirá, inelutavelmente, que se desenvolva o conceito de *não rivalidade*: todo o bem jurídico colectivo se caracteriza por, potencialmente, poder ser usado por qualquer pessoa não sendo, por isso, susceptível de ser consignado a uma certa parte da sociedade já que “da segurança da moeda, mas também da do Estado, pode beneficiar-se qualquer membro da sociedade na mesma medida.”³⁷²

³⁶⁷ *Idem, ibidem.*

³⁶⁸ *Idem, ibidem*, pag. 187.

³⁶⁹ *Idem, ibidem.*

³⁷⁰ *Idem, ibidem.*

³⁷¹ *Idem, ibidem*, pag. 189.

³⁷² Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 189.

A sistematização inicial que passa pela estruturação definidora realizada através de alguns conceitos pouco comuns no seio do direito penal, *obrigam* Hefendehl a abrir um leque de três grupos distintos de bens jurídicos colectivos no que ao seu desgaste diz respeito:

1) nos bens jurídicos relativos à organização estadual e seu desenvolvimento apenas se denotaria o critério da não distributividade, já que “não se disfrutam em sentido estrito”³⁷³. O bem jurídico da confiança socialmente relevante – como por exemplo a necessária incorruptibilidade do serviço público – deve diferenciar-se “com nitidez da confiança na vigência do ordenamento jurídico, irrelevante para o bem jurídico.”³⁷⁴ É que, para certas instituições, a confiança resulta verdadeiramente constitutiva.

2) os bens jurídicos subjacentes aos crimes ambientais são verdadeiramente disfrutados, e desgastados, pelos cidadãos mas “dado que (...) estão descritivamente configurados, o Estado não tem a possibilidade de pôr este bem jurídico à disposição da generalidade de forma ilimitada”³⁷⁵;

3) por último, os bens jurídicos “a que tem que poder recorrer um cidadão numa certa ordem social (por exemplo, a segurança da moeda) hão de construir-se livres de desgaste, porque, senão, não estaria garantida a premissa de que qualquer um pode utilizar um bem jurídico colectivo.

Por fim, como resultado inevitável desta exposição – resultado desejável mas não único como, aliás, pudemos constatar – estamos em condições, sempre no pensamento de Hefendehl, de erradicar do direito penal uma série de bens jurídicos colectivos aparentes – como por exemplo a muitas vezes *perversa* tutela da saúde pública. Usando esta sistemática e estrutura para determinar um bem jurídico talvez se possa proteger “o *topos* do princípio de protecção de bens jurídicos”³⁷⁶ ou não atribuisse

³⁷³ *Idem, ibidem.*

³⁷⁴ *Idem, ibidem*, pag. 190

³⁷⁵ *Idem, ibidem*, pag. 189

³⁷⁶ Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 190 e 191.

este autor, como melhor veremos, ao “bem jurídico o carácter de eixo material da norma penal.”³⁷⁷

Caminharemos novamente lado a lado com Hefendehl. No entanto, distanciamos dele, como veremos de seguida, nalguns aspectos. Um dos mais notórios será a via para chegar a uma maior *tangibilidade* do bem jurídico colectivo.

A atitude crítica que Hefendehl mantém quanto ao carácter abstracto do conceito de bem jurídico faz com que, primeiro, sejam insuficientes como “ferramenta de trabalho”³⁷⁸, e segundo, que seja necessário desenvolver este conceito de forma a atribuir-lhe uma certa *materialidade*. Para tal, apresenta três critérios de materialização: 1) “o bem jurídico tratar-se-á de um objecto do mundo real, submetido às leis físicas”³⁷⁹ algo que já traria qualquer coisa diferente em relação aos que defendiam um bem ideal e intangível; 2) independentemente da definição que se use, o bem jurídico colectivo irá encarnar uma possibilidade de participação dos indivíduos no sistema social³⁸⁰ o que, como já referimos, nada tem a ver com a necessidade, por exemplo, de um referente pessoal; 3) e, repetindo-nos, um adequado uso do conceito de bem jurídico há-de conduzir-nos a que ele se torne um referente crítico de certos *valores* que, apesar do que se possa considerar, não são bem jurídicos – e o autor avança com o exemplo da droga – antes resvalam para um *paternalismo jurídico* inadmissível.³⁸¹ De referir, com Guilherme Costa Câmara, que Hefendehl faz questão de esclarecer que “a alternativa a ideal não é material (físico) mas real; (...) a realidade não se constitui apenas de objectos físicos como também é estruturada por fenómenos psíquicos e intelectuais que não se subtraem de modo algum à influência causal, tal como se passa pelas construções ideais [pelo que] tanto os objectos físicos como os espiritualizados integram a realidade

³⁷⁷ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 405.

³⁷⁸ Roland Hefendehl, como na nota 282, pag. 7 e 8.

³⁷⁹ Roland Hefendehl, como na nota 282, pag. 8.

³⁸⁰ Algo que já abordámos neste ponto.

³⁸¹ Roland Hefendehl, como na nota 282, pag. 8 e 9. Curioso o modo como Hefendehl transmite estas ideias já que ao concluir este pensamento refere, coerentemente com o que já expusemos, que “teríamos que ser prudentes, neste ponto, e tentar na medida do possível a erradicação do ordenamento penal dos bens jurídicos aparentes sempre que se defenda que um tipo de crime deve proteger a validade da ordem jurídica, a segurança colectiva ou a ordem pública ou a segurança do tráfego, deveria colocar-se junto a estes uma luz vermelha de alarme.

[cabendo] direccionar a crítica contra a idealização do conceito de bem jurídico e não contra a sua espiritualização.”³⁸²

1.1.5. Bens jurídicos colectivos e a *relação* CRP - bem jurídico-penal

A posição que seguiremos quanto a este ponto é assumidamente influenciada pelo pensamento de Figueiredo Dias. Mais do que a definição que já pudemos perfilhar, seguiremos entendendo o conceito de bem jurídico “como entidade sócio-jurídica eminentemente histórica e mutável, que já pouco tem a ver com a matriz individualista e liberal donde a realidade arrancou.”³⁸³ Este entendimento permite-nos, por exemplo, no que toca aos problemas ambientais, defender uma tutela imediata de valores ambientais essenciais à realização de cada pessoa na sua comunidade.³⁸⁴ Revisitemos Hefendehl quanto a esta questão. Defende o professor alemão que o meio ambiente não pode ser considerado como um bem jurídico em si mesmo, já que “só adquire a sua condição de bem jurídico pela função que exerce para a pessoa”³⁸⁵ cuja realização seria impossível sem uma protecção directa e imediata do ambiente que a rodeia. Sejam os claros. Se com tal se pretende afirmar que a tutela penal do ambiente ganha dignidade porque, caso contrário, o mundo que nos acolhe pode ficar em xeque pondo. E conseqüentemente colocar em risco as condições de desenvolvimento do homem; ou, ainda que no mesmo sentido, se quer defender que a tutela do ambiente existe por causa do homem, a afirmação tem a nossa concordância. Se por outro lado, esta afirmação se refere a uma necessidade de recondução da tutela a um interesse individual, então já não podemos concordar. Como já realçámos é óbvio que os bens jurídicos colectivos, tal como o direito, a justiça, mas também um sem fim de exemplos, existem por causa do Homem de acordo, aliás, com o brocardo latino “*omne ius causa constitutum*.”³⁸⁶ No entanto, nada disto faz com que se tenha de rejeitar o que iremos propor.

Tivemos oportunidade de rejeitar, quer aquelas propostas que se *agarram* a uma concepção exclusivamente individual do conceito de bem jurídico; quer as que propugnam novos paradigmas; quer ainda as que aceitam bens jurídicos colectivos para

³⁸² Hefendehl *apud* Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 410.

³⁸³ Figueiredo Dias, como na nota 156, pag. 8 e 9.

³⁸⁴ Figueiredo Dias, como na nota 156, pag. 9.

³⁸⁵ Roland Hefendehl, como na nota 282, pag. 8 e 9.

³⁸⁶ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 147.

uma tutela mediata, com referente pessoal, de bens jurídicos individuais. E rejeitámos porque estamos convictos de que “ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual *e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma*, existem autênticos bens jurídicos sociais, (...) colectivos”³⁸⁷ e que, por isso, têm de ser aceites autonomamente, sem “tergiversações”.³⁸⁸

Na esteira de Tiedemann (que se referiu a este problema com o foco numa questão com vasos comunicantes com a nossa, a saber, a do direito penal administrativo) podemos afirmar que há uma tendência para que se continue a desenvolver uma ideia de socialização do conceito de bem jurídico. Defende o autor que as posições de Goldschmidt e Wolf, apesar de insuficientes “apontam para algo de essencial: para a distinção, *na ordem dos bens jurídicos*, entre aqueles que radicam imediatamente na protecção da *pessoa individual* e aqueles que se fundam na protecção de valores supra-individuais e, neste sentido, sociais.”³⁸⁹ Claro que estes bens jurídicos colectivos autónomos terão - nuns casos de forma mais notória - ressonância em interesses pessoais, entendendo-se a pessoa como cidadão ou, enquanto ser social. Apresentar-se-ão “mais vagos e carentes de definição precisa, de mais duvidosa corporização ou mesmo de impossível tangibilidade.”³⁹⁰ Consequentemente, e numa aproximação neste ponto específico ao pensamento de Hefendehl³⁹¹, uma das principais notas destes bens jurídicos colectivos consistirá no facto de que “ele[s] deve[m] ser gozado[s] por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído desse gozo: nesta *possibilidade de gozo* reside o legítimo interesse individual na integridade do bem jurídico colectivo.”³⁹² Reforçando esta ideia, na esteira de Figueiredo Dias, dir-se-á que a “relevância dos bens jurídicos colectivos (...) provirá precisamente da potencial multiplicação indeterminada de interesses de toda e qualquer pessoa, se bem que não individualizáveis em concreto.”³⁹³ Relembrando a divisão que atribuímos a

³⁸⁷ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 603.

³⁸⁸ Figueiredo Dias, como na nota 33, pag. 1131.

³⁸⁹ Figueiredo Dias, *Para uma dogmática do direito penal secundário – um contributo para a reforma do direito penal económico e social portugueses*, in *RLJ* n° 3718 pag. 9.

³⁹⁰ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 604.

³⁹¹ O qual expusemos no ponto imediatamente precedente a este.

³⁹² Figueiredo Dias, como na nota 33, pag. 1131 e 1132.

³⁹³ Figueiredo Dias, como na nota 33, pag. 1133.

Hefendehl³⁹⁴, cremos ser legítimo problematizar algo que, porventura, se afigurará uma minudência: se o conceito de não rivalidade no uso será indispensável para a delineação de um bem jurídico colectivo – já que não existirá bem jurídico colectivo se o seu *uso* estiver adstrito a alguém, ou se o uso por parte de uma pessoa excluir os outros de tal direito – tal afirmação poderá não se apresentar tão correcta quanto à não rivalidade no consumo na medida em que o *consumo* de bens jurídicos ambientais, por exemplo, implicará, quase sempre, um desgaste do bem jurídico. Um desgaste paulatino, onde certamente não será fácil descortinar acções individuais susceptíveis deste desgaste irreversível, mas que existe. Assim, numa palavra, se se pode garantir que a susceptibilidade de se aceder ao bem jurídico, de o usar, se encontra ilimitada, já a possibilidade de o consumir encontra-se inevitavelmente ligada à capacidade de resistência dos bens jurídicos colectivos que, como o ambiente, são desgastáveis.³⁹⁵ Ilumina-se assim mais uma característica: estes bens de carácter colectivo são mais resistentes e, por isso, a sua violação ou danificação efectiva e/ou irreversível torna-se mais difícil; no entanto, se esta verdadeira lesão é de difícil concretização, a sua mera possibilidade arrasta consigo efeitos potencialmente catastróficos.

Uma questão que também não se nos afigura lateral prende-se com um *diálogo* entre Hefendehl e Lampe, em que este se mostra crítico ao nome de bem jurídico universal “pois dá a impressão que estes podem estender-se a qualquer lugar ou situação, quando é justamente o contrário porque a sua dependência à cultura dominante e determinada é maior que a dos bens jurídicos individuais – daí que Lampe fale de «bens jurídicos sociais».”³⁹⁶ Trata-se, se bem entendemos a questão, apenas de um problema de *etiquetas*, de qual a melhor designação. Assim sendo, esta pode ser, admitimos, uma questão menor. Mas já não o é a consciência de que a valoração que fazemos em relação a um bem jurídico colectivo, tornando-o digno de tutela penal, é uma valoração, na maior parte dos casos, cingida a um certo *contexto*³⁹⁷ espaciotemporal. Na verdade, se inclusivamente o bem jurídico-penal de maior valor – a vida – está também ele sujeito à interpretação cultural que cada povo faz dele, que dizer então

³⁹⁴ Cfr. Ponto 3.1.4. deste capítulo.

³⁹⁵ Se bem entendemos o pensamento de Figueiredo Dias, parece-nos que também este autor assenta a sua posição na nota da inexcluíbilidade no uso.

³⁹⁶ Roland Hefendehl, como na nota 282, pag. 4.

³⁹⁷ A ideia de *contexto de acumulação* revela-se como pedra de toque do estudo de Guilherme Costa Câmara sobre o assunto. A ela dedicaremos algumas palavras adiante.

de bens jurídicos sociais que protegem a liberdade do homem se realizar na sociedade enquanto ser-com-os-outros?

Cumprindo a promessa de nos distanciarmos de Hefendehl quanto à forma como se dará uma maior concretização ao conceito de bem jurídico colectivo, diremos que o acompanhamos na sua preocupação por esta necessidade de se desenvolver melhor o conceito, bem como na defesa da sua função de padrão crítico – que, diga-se, já adoptámos. No entanto, a materialização do conceito ligado à realidade e às leis físicas parece-nos insuficiente. Deste modo, e olhando para o ordenamento jurídico português, acreditamos que o nível de materialização exigível fica garantido com o que Figueiredo Dias denominou de “analogia material”³⁹⁸ entre CRP e bem jurídico-penal. Vejamos, então, em que consiste esta posição.

Uma visão do texto constitucional ou, certamente melhor, “da ordem axiológica constitucional”³⁹⁹, leva à inevitável leitura da existência de dois grupos de direitos fundamentais, qual consagração máxima do “reconhecimento da dupla maneira de realização do homem na comunidade”⁴⁰⁰. Tivemos oportunidade, no início deste ponto, de referir esta dupla dimensão do homem, mas, pela importância de que se reveste, recapitularemos, referindo que se *materializa*, por um lado, numa realização pessoal em que o Estado “tem de proteger directamente a esfera de actuação própria da pessoa, autolimitando-se perante ela”⁴⁰¹, e por outro, numa realização social que vê a pessoa enquanto membro da comunidade e que “vincula o Estado à tarefa positiva de promover a satisfação dos interesses decorrentes dos princípios e objectivos de conformação comunitária.”⁴⁰²

Deste modo torna-se imperioso - se nos é permitido, cada vez mais – reafirmar a existência de um verdadeiro Estado de Direito material (“em particular quando ele se apresenta como *Estado de Direito social*”⁴⁰³) que se vincule ao direito e que actue motivado “em função de considerações axiológicas materiais de justiça na promoção de todas as condições (económicas, sociais e culturais) do livre desenvolvimento da

³⁹⁸ Figueiredo Dias, como na nota 389, pag. 11.

³⁹⁹ *Idem, ibidem.*

⁴⁰⁰ *Idem, ibidem.*

⁴⁰¹ *Idem, ibidem.*

⁴⁰² *Idem, ibidem*, pag. 12.

⁴⁰³ *Idem, ibidem*, pag. 7.

personalidade do homem.”⁴⁰⁴ Os bens jurídicos colectivos estarão consagrados no catálogo de direitos e deveres económicos, sociais e culturais.

Mantendo-nos fiéis à ideia de que ao direito penal caberá o papel de protecção de bens jurídicos valiosos, pela premência que assumem no desenvolvimento de cada um, mas também de todos, a atribuição a um interesse colectivo do valor ínsito no conceito de bem jurídico dependerá “da ordem axiológica jurídico-constitucional como expressão do espaço de consenso comunitário sem o qual a ordem jurídico-penal não pode ser pensada em termos democráticos.”⁴⁰⁵ Na verdade, enquanto os bens jurídico-penais individuais encontram a sua tutela constitucional no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, os bens jurídicos colectivos encontram a indispensável *analogia material* a nível jurídico-constitucional “nas partes da lei fundamental em que se consignam os direitos sociais e a organização económica”⁴⁰⁶ legitimando deste modo a atribuição da dignidade penal que a realização social do homem merece.

Seguindo na esteira de Figueiredo Dias, que no estudo que temos vindo a citar discorria sobre o direito penal administrativo, culminamos referindo que desde que esta correspondência de sentido, a tal *analogia material*⁴⁰⁷ - “que deriva de a ordem axiológica constitucional constituir o quadro abstracto de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulador da actividade punitiva do Estado”⁴⁰⁸ - se encontre garantida, estão legitimados a existência de bens jurídicos colectivos autónomos, que não andem a reboque dos bens jurídicos individuais, e dignos de tutela penal. Antecipando a crítica que versará sobre a funcionalização a que o direito penal se submetteria, perante o sistema, diremos que tal, apesar de existir quando comparada com os bens jurídicos individuais, não se afigura como algo intolerável.⁴⁰⁹ Refira-se a propósito, que tal funcionalização já existe com a admissibilidade de alguns crimes de perigo abstracto.

⁴⁰⁴ Figueiredo Dias, como na nota 355, pag. 8.

⁴⁰⁵ *Idem, ibidem*, pag. 10.

⁴⁰⁶ *Idem, ibidem*.

⁴⁰⁷ Algo que exclui desde logo a defesa de uma qualquer «identidade» ou de «recíproca cobertura» como esclarece Figueiredo Dias.

⁴⁰⁸ Figueiredo Dias, como na nota 355, pag. 11.

⁴⁰⁹ Neste sentido, Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 150 e 151.

2. A acumulação como um problema de criminalização

As ideias vertidas neste ponto decorrem, expressamente, do pensamento de Hefendehl, pelo que acompanharemos de perto a sua posição, que expusemos em relação ao bem jurídico. Ora, tal não implica que tenhamos de subscrever toda a argumentação deste autor. Assim como quanto ao conceito bem jurídico colectivo, também aqui, quando se nos afigurar aconselhável, trilharemos o nosso caminho. Partiremos da ideia fundamental, já repetida, de que não se tratará de atribuir ao direito penal o principal papel de tutela dos grandes riscos que nos ameaçam, mas que isso não tem forçosamente de significar a recusa do direito penal, quanto a estes problemas. Temos de, em concreto, aferir *onde é* que a ideia de acumulação, em nosso entender, se manifesta com mais acuidade. Trabalharemos com a premissa de que a intervenção penal é “um problema de *ordenação* (e de *defesa*) *social*; concretamente, o de oferecer o seu contributo para que os riscos globais se mantenham dentro de limites ainda suportáveis”⁴¹⁰ e que “o que está em causa é (e é só!) a protecção – fragmentária, lacunosa e subsidiária – de *bens jurídico-penais colectivos como tais*.”⁴¹¹

Mas atentemos à proposta de Hefendehl. Procurando reagir contra a tentativa de acabar com a prestabilidade do conceito de bem jurídico, reduzindo-o até a um ponto em que ele se equipararia com o objecto da acção, este autor começa por afirmar que “se o bem jurídico não fosse distinto do objecto da acção podia-se renunciar ao primeiro tranquilamente.”⁴¹² Como tal não acontece, importa perceber melhor o significado da distinção entre bem jurídico e objecto da acção. Para lograr tal tarefa, Hefendehl considera os bens jurídicos colectivos como um bom instrumento de trabalho, pelo que avança com o exemplo da falsidade documental: “o bem jurídico protegido seria a pureza do tráfego probatório enquanto que o objecto da acção seria o objecto falsificado no caso concreto.”⁴¹³

Numa melhor concretização desta ideia, Hefendehl avança com a existência de três técnicas legislativas no que toca à relação entre bem jurídico e objecto da acção. Em primeiro lugar, casos de *coincidência formal e de conteúdo* em que se utiliza o bem

⁴¹⁰ Figueiredo Dias, como na nota 33, pag. 1128.

⁴¹¹ *Idem, ibidem* .

⁴¹² Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 179

⁴¹³ Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 180.

jurídico, que coincidirá com o objecto da conduta, para formular o tipo. “Seria o caso do tipo legal da fraude em que o bem jurídico património serve para descrever o objecto da acção.”⁴¹⁴ Em segundo lugar, descortinamos casos de *coincidência só de conteúdo* em que bem jurídico e objecto da acção têm o mesmo conteúdo, na interpretação dos tipos legais (pensemos no caso de homicídio em que o bem jurídico é a vida e o objecto de acção a pessoa, o que não invalida que haja o mesmo conteúdo na interpretação dos crimes contra a vida). Por último, aparece a técnica em que não se dá, nem uma identidade formal, nem de conteúdo, entre bem jurídico e objecto da acção: “o legislador proíbe a provocação de uma modificação que não pode considerar-se lesão do bem jurídico.”⁴¹⁵

Ora, esta excisão de bem jurídico e objecto material de que, no que toca a determinados bens jurídicos, não é adequada uma normação do bem jurídico como objecto de conduta, e que por isso o legislador criminalizará um prejuízo de um objecto da acção, distinto do objecto do bem jurídico “necessita de ser precisada, pois o critério da adequação carece de um momento limitador.”⁴¹⁶ Para tal, Hefendehl avança com a ideia cunhada por Maurach do *representante ocasional do bem jurídico* que, apesar de não resolver o problema “remete de maneira acertada ao tema, decisivo para os bens jurídicos colectivos e até agora amplamente descuidado, da estrutura delitiva dos tipos penais que protegem bens jurídicos colectivos.”⁴¹⁷ Somos convencidos pela argumentação de Hefendehl quando afirma, ao refutar esta forma de resolução do problema, que um representante – que seria forçosamente o objecto da acção – não se pode equiparar com o que deve representar – o bem jurídico – “mas encontra-se no que toca a este – ao contrário de um terceiro qualquer – numa relação especial.”⁴¹⁸ Assim, no caso concreto, deve-se levar a cabo o seguinte raciocínio: “se não se consegue estabelecer uma relação o suficientemente estreita entre o objecto da conduta e o bem jurídico ou entre a acção e o bem jurídico, não se pode continuar a falar de um representante.”⁴¹⁹

⁴¹⁴ Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 180.

⁴¹⁵ *Idem, ibidem*, pag. 180 e 181.

⁴¹⁶ *Idem, ibidem*, pag. 181.

⁴¹⁷ *Idem, ibidem*.

⁴¹⁸ *Idem, ibidem*.

⁴¹⁹ *Idem, ibidem*.

Estas considerações revelam-se verdadeiramente estruturantes do pensamento de Hefendehl, desde logo porque possibilitam a chegada a uma conclusão que, não paradoxalmente, iniciará um caminho, a saber, que é “precisamente a compreensão dos limitados efeitos directos de uma acção típica nos bens jurídicos colectivos – que não se deve dissimular mediante a simples referência aos crimes de perigo abstracto – requer esses dois conceitos distintos de bem jurídico e objecto da acção [sendo que inclusivamente] a circunstância de que um bem jurídico ou as propriedades valiosas nele designadas possam ficar prejudicadas proporciona por sua vez a possibilidade de submeter a leis causais não só o objecto da acção mas também o próprio bem jurídico.”⁴²⁰

A partir deste conjunto de questões percebemos que porventura um dos aspectos mais importantes será a “tentativa de comprovar qual é a estrutura delitiva adequada no caso de um bem jurídico colectivo”⁴²¹, na medida em que nos crimes de acumulação “através de uma conduta determinada não pode afirmar-se que um bem jurídico colectivo é lesionado ou posto em perigo de forma concreta.”⁴²²

Chegados a este ponto importa dar conta da *difícil relação* de Hefendehl com a figura dos crimes de perigo abstracto. Voltaremos a esta figura adiante mas por agora cingir-nos-emos à opinião deste Professor. Neste sentido, reforçaremos o “que não funciona”⁴²³ para a resolução dos novos problemas colocados ao direito penal. Desde logo, vimos que não podemos abandonar a ideia de que a função do direito penal é a tutela subsidiária de bens jurídicos. Rejeitámos também a ideia de recusar a existência de bens jurídicos colectivos. Por fim, rejeita-se também a recondução destes problemas até ao seio dos crimes de perigo abstracto, na medida em que estes, e usando uma metáfora diferente de Hefendehl, começam a ser chamados para apagar todos os fogos

⁴²⁰ Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 181.

⁴²¹ Roland Hefendehl, como na nota 282, pag. 4 e 5.

⁴²² *Idem, ibidem*. Já referimos como uma das notas fundamentais dos delitos cumulativos o facto de que se é verdade que só estamos perante esta figura quando se visa tutelar um bem jurídico colectivo, o inverso já não se apresenta como verdadeiro ou seja, pode haver uma tutela de bens jurídicos colectivos sem ser através de delitos cumulativos.

⁴²³ Roland Hefendehl, como na nota 282, pag. 7 e 8.

com que o direito penal se vai confrontando.⁴²⁴ A traço largo, diremos que para o autor *sub studio* os crimes de perigo abstracto circunscrever-se-iam apenas “àquelas constelações típicas da actual sociedade industrial, situações relacionadas à protecção de bens jurídicos cuja lesão encontre-se, na terminologia do autor *sub studio*: submetida ao «domínio do azar».”⁴²⁵

No entanto, estas críticas resultam, principalmente, do facto de normalmente não se pensar além da classificação tripartida – crimes de lesão, de perigo concreto e de perigo abstracto. É que se é verdade que os crimes de perigo abstracto revelam várias questões de difícil resolução, também é correcto afirmar que “no enorme campo dos bens jurídicos colectivos (...) só se pode remeter para a forma delitativa do crime de perigo abstracto”⁴²⁶ na medida que, das três opções dadas, esta seria um mal menor.

Em estreita ligação com a sistematização-estruturação que trabalhou quanto aos bens jurídicos colectivos, o autor conclui pela inadequação da figura dos crimes de perigo abstracto sendo que, “pelo contrário, há que desenvolver um tipo de delito próprio para cada variação estrutural dentro dos bens jurídicos colectivos.”⁴²⁷

Concedendo que, efectivamente, nos bens jurídicos colectivos há um maior acentuar do desvalor de acção, quando comparado com o desvalor de resultado, o autor afirma que “com ele só se alude ao nível típico, enquanto que é o bem jurídico que constitui o ponto de partida na hora de criminalizar condutas pelo que continua a necessitar-se de uma conexão de aptidão.”⁴²⁸ Para tal conexão, o autor começa por rejeitar casos de construções que parecem “proporcionar melhor uma descrição

⁴²⁴ Roland Hefendehl afirma que os crimes de perigo abstracto começam a ser vistos como uma espécie de “vala comum onde guardamos todos os casos problemáticos” – Roland Hefendehl, como na nota 282, pag. 7 e 8. Na verdade, e seguindo Guilherme Costa Câmara na análise que faz ao pensamento de Hefendehl, “não se pode mesmo deixar de observar que parcela significativa, senão já a maioria dos tipos de ilícito que só mais recentemente foram introduzidos na legislação penal, recorre – tendo em vista a tutela de bens jurídicos colectivos (regra geral relacionados a determinados sectores do direito penal moderno, tais como delitos sócio-económicos, crimes contra o ambiente etc) – à técnica do perigo abstracto.” – Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 407.

⁴²⁵ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 408.

⁴²⁶ Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 193.

⁴²⁷ *Idem, ibidem.*

⁴²⁸ *Idem, ibidem,* pag. 194.

adequada do objecto da acção, partindo da perspectiva do bem jurídico protegido, mas que [não] legitimam a própria referência abreviada ao bem jurídico.”⁴²⁹

Como ponto de partida para a posição de Hefendehl em concreto, citaremos o exemplo - que já se pode catalogar *de escola* - da pessoa que isoladamente deita uma porção de azeite num rio, porção essa que, apesar de indesejável, não coloca sequer em perigo o bem jurídico, a menos que seja acompanhada de outras condutas semelhantes. Tal exemplo, juntamente com toda a argumentação expendida nesta dissertação, chega para, mais uma vez, rejeitarmos o acolhimento destes casos no seio dos crimes de perigo concreto ou de lesão – sendo que os crimes de perigo abstracto acabaram de ser também recusados. Temos então de perguntar, com Hefendehl, “qual seria aqui a causalidade?”⁴³⁰ Como se percebe, “a verdadeira razão que determina a sua criminalização sustenta-se melhor na ideia de acumulação sendo que esta parte do levantamento de que a sucessão de acções individuais que não ameacem gravemente o meio ambiente, e não merecedoras portanto de uma sanção penal, se produzidas em largo número, geram como consequência um prejuízo grave para a qualidade das águas.”⁴³¹

Esta ideia tem por detrás a necessidade, que perpassa todo o pensamento de Hefendehl quanto a estes problemas, de se desenvolver a procura duma conexão entre acção típica e bem jurídico protegido já que “doutro modo a procura do bem jurídico protegido careceria de sentido.”⁴³² Acontece que um dos problemas principais subjacentes aos delitos cumulativos é o facto de não se conseguir estabelecer um nexo de causalidade real entre a acção e o bem jurídico colectivo. Consciente disso, Hefendehl afirma que, então, “para suprir a falta de uma causalidade lesiva real entre acção e bem jurídico exige-se aqui a chamada equivalência material que nos bens jurídicos colectivos concerne necessariamente ao plano da criminalização.”⁴³³ Detendo-nos, para já, nos crimes ambientais, seria a acumulação que encarnaria tal papel de

⁴²⁹ Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 194. Tal seria o caso em que “as percepções sociais constituiriam um dos chamados bem jurídicos intermédios espiritualizados cuja lesão representa um desvalor próprio.”

⁴³⁰ Roland Hefendehk, como na nota 282, pag. 9 e 10.

⁴³¹ Roland Hefendehl, como na nota 282, pag. 9 e 10.

⁴³² Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 194.

⁴³³ Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 195.

equivalente material: aplica-se a acções individuais, em si inócuas, já que sem uma proibição reforçada com uma sanção, teria que se contar com o cometimento em grande número e, conseqüentemente, resultariam perturbadas, funções protegidas. No entanto, Hefendehl explica que a acumulação será só um exemplo válido, sendo necessário continuar a desenvolver todo este núcleo problemático. Para tal, urge analisar cada tipo legal que proteja um bem jurídico colectivo, já que é necessário “em todos os casos uma explicação clara acerca de como acção típica e bem jurídico se conectam ou relacionam.”⁴³⁴ O autor abre também a porta a que se justifique o pensamento acumulativo através da filosofia moral, nomeadamente, quando afirma que “se constata que a infracção da norma de conduta lesa o bem jurídico de uma quantidade suficientemente grande de destinatários, é inadmissível uma defesa do sujeito no sentido de que a sua contribuição isolada é irrelevante para o bem jurídico já que não há nenhuma razão evidente para que o ordenamento jurídico deva privilegiar este destinatário da norma ou um grupo deles perante os demais”⁴³⁵

Percebemos então que a técnica da acumulação não será exclusiva dos crimes ambientais. Como posteriormente iremos concretizar estas ideias, servindo-nos de alguns tipos legais, daremos por agora apenas conta de que para Hefendehl, por exemplo nos crimes fiscais, o pensamento da acumulação parece indispensável sendo que, no entanto, “não é necessário recorrer à equivalência material porque o bem jurídico resulta de facto lesado com cada redução, ou seja, aqui emprega-se excepcionalmente o tipo delitivo de um delito de lesão para proteger um bem jurídico colectivo.”⁴³⁶

Perfilhamos, no até aqui foi exposto, a posição de Hefendehl na medida em que também concordamos que será ao nível da criminalização e, por isso, entregue à política-criminal, que se encontrarão soluções para os novos problemas. É a esta disciplina da *ciência conjunta do direito penal* que “pertence hoje definir o *se* e o *como* da punibilidade, isto é, nesta acepção, os seus *limites*; e porque (...) os conceitos básicos da doutrina do facto punível, muito para além de serem “penetrados” ou “influenciados” por considerações político-criminais, devem pura e simplesmente (...) ser *determinados*

⁴³⁴ Roland Hefendehl, como na nota 282, pag. 10 e 11. Faremos esse exercício *infra*.

⁴³⁵ Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 195.

⁴³⁶ *Idem, ibidem*, pag. 195 e 196.

e *cunhados* a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinada no sistema.”⁴³⁷

Efectivamente, Hefendehl coloca, no nosso ponto de vista de forma correcta, a tónica no problema da causalidade inexistente entre acção e bem jurídico nas acções cumulativas.⁴³⁸ E este assume-se como, provavelmente, o nosso principal problema. Dizemos principal porque a admissão de tutela, e deitamos mão ao sempre prestável exemplo dos crimes ambiente, revela-se - com excepção do extremo que rejeita qualquer papel do direito penal - sempre existente nas propostas que analisámos. Ainda que discordando de Stratenwerth e da posição que polarizámos, por motivos de exposição, em Silva Dias, é inegável que ambos aceitam (no caso de Stratenwerth até de forma demasiado *voluntariosa*) que existem bens supra-individuais dignos de tutela penal. A questão que parece travar sempre a aceitação da criminalização daquelas condutas é que as acções de *per se* não são susceptíveis de lesar o bem jurídico pelo que, alega-se, seria inconstitucional criminalizar-se uma conduta, sem que haja uma causalidade lesiva real entre acção e bem jurídico. Ora, estamos em crer, seguindo Figueiredo Dias, que a criminalização é legítima e necessária. Legítima porque, como vimos, os bens jurídicos colectivos “encontram refração legítima mais que bastante na ordem axiológica constitucional”⁴³⁹. Necessária, por um lado, por exigências de prevenção geral negativa – destinada a pesar na ponderação custo benefício – para promover a obediência à norma; por outro, por exigências “de prevenção geral positiva, de modo a reforçar a disposição de obediência à norma da parte do cidadão em geral fiel ao direito.”⁴⁴⁰ Assim, e repetindo que “a verdadeira razão que determina a sua criminalização baseia-se melhor na ideia da acumulação”⁴⁴¹, esta surgirá como “equivalente material à relação que no seio da causalidade lesiva, há-de dar-se entre acção e bem jurídico.”⁴⁴² Sem dúvida que haverá um enfraquecimento desta relação – algo que a procura bem sucedida de equivalentes materiais não esconderá – mas tal não

⁴³⁷ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 586 e 587.

⁴³⁸ Roland Hefendehl, como na nota 282, pag. 3 e 4.

⁴³⁹ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 604 e 605.

⁴⁴⁰ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 605.

⁴⁴¹ Roland Hefendehl, como na nota 282, pag. 10 e 11.

⁴⁴² *Idem, ibidem.*

nos parece, na linha de pensamento de Figueiredo Dias, consubstanciar a necessidade de criarem “novos e (à luz da dogmática tradicional) *anómalos critérios de imputação*”⁴⁴³.

Algo com que também concordamos na proposta de Hefendehl é que, se a ideia de acumulação se irá assumir, naqueles moldes, como orientada à protecção de bens jurídicos colectivos, então é “evidente que é ao legislador penal que competirá, tendo em mira o problema dos «grandes números» - e sem descurar dos requisitos constitucionais necessários a uma legítima criminalização -, proceder, não a uma análise de fundo teórico, mas a uma «prognose realista» de base criminológica.”⁴⁴⁴ Também Figueiredo Dias se aproxima desta ideia quando afirma que “seguro é que, quanto aos comportamentos susceptíveis de integrarem o fim da protecção norma penal, a sua punição só se revelará legítima se as condutas que venham somar-se à do agente (e contribuem assim para a lesão) forem, mais que *possíveis*, indubitavelmente *previsíveis e muito prováveis*, para não dizer certas.”⁴⁴⁵

Esta prognose realista impõe que o legislador investigue circunstâncias motivacionais que se apresentem como capazes de desenvolver um carácter massivo, “circunstâncias essas de carácter actual, não contingente ou meramente ocasional, circunstâncias que revelem uma certa aptidão para desencadear (...) uma prática tanto progressiva como exponencial da conduta”⁴⁴⁶. Hefendehl avança com dois exemplos destes casos: 1) situações possíveis de conflito entre a vida quotidiana e/ou profissional e condutas em si mesmas não ofensivas a bens jurídicos – concretizando esta ideia com o exemplo dos crimes rodoviários e crimes ambientais; 2) “situações em que os efeitos realistas de acumulação na órbita de bens jurídicos individuais, necessariamente, se repercutem na esfera dos bens jurídicos colectivos.”⁴⁴⁷ Sendo esta exemplificação, estamos em crer, não definitiva, não podemos todavia deixar de manifestar as nossas reservas quanto ao primeiro exemplo. É que, se bem entendemos as coisas, ele abre a porta a uma criminalização de comportamentos bagatelares, totalmente desprovidos de dignidade penal. Na verdade, não se torna difícil descortinar casos em que

⁴⁴³ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 608.

⁴⁴⁴ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 411.

⁴⁴⁵ Figueiredo Dias, como na nota 33, pag. 1137.

⁴⁴⁶ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 411. Cfr também Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 194.

⁴⁴⁷ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 412.

comportamentos banais do quotidiano desgastem bens jurídicos colectivos, mas cuja criminalização paralisaria totalmente as relações que estabelecemos no quotidiano.⁴⁴⁸ Contudo, mais importante que esse desgaste é que ele se torne inadmissível, digno da tutela de *ultima ratio*. Afirmamos esta ideia bem sabendo que Hefendehl, imediatamente antes de avançar com estes exemplos, afirma que é necessário apenas considerar aptos para a acumulação “os efeitos sinérgicos realistas atendendo ao princípio de bagatela”⁴⁴⁹ algo que afastaria algumas das críticas que usualmente se lançam aos delitos cumulativos. Já antes tivemos oportunidade de referir esta necessidade, concordando com ela, e esta consideração, quanto àquele ponto específico, prendeu-se com o facto de, como dissemos, considerarmos que fica aberta aquela possibilidade.

Mantemo-nos fiéis à ideia de que caberá ao legislador, baseando-se nos avanços significativos que a ciência⁴⁵⁰ já alcançou, chegar a um grau de certeza suficiente para que haja a criminalização de uma conduta *acumulativa*.⁴⁵¹ Mobilizando um exemplo de Figueiredo Dias, afirma o autor que “se o legislador, baseado nos conhecimentos científicos disponíveis, conclui que a utilização maciça de produtos (mesmo que simples perfumes ou desodorizantes) sob a forma de sprays pode aumentar os danos da camada do ozono, está absolutamente legitimado para criminalizar o fabrico, a venda, a utilização, etc., de quaisquer produtos sob aquela forma.”⁴⁵² Também este exemplo se presta a *ajudar* a proposta de Hefendehl. Efectivamente, do uso por uma pessoa de um spray não se estabelece uma causalidade lesiva real entre a acção – o usar o spray - e o bem jurídico colectivo – o ambiente. É então, que ao nível da criminalização funcionará, neste caso, a acumulação como equivalente material segundo Hefendehl.

⁴⁴⁹ Roland Hefendehl, como na nota 351, pag. 195.

⁴⁵⁰ Os exemplos são inabarcáveis e a tão falada *espuma dos dias* vai-nos dando a conhecer alguns dos prováveis efeitos que comportamentos que temos por inócuos podem gerar. Uns com uma carga escatológica maior, outros com um grau de adequação à realidade maior, há estudos que possibilitam ao legislador, assim ele o queira, perceber onde deve criminalizar certas condutas e onde deve deixar de lado o direito penal.

⁴⁵¹ No mesmo sentido, Figueiredo Dias, como na nota 33, pag. 1137; ver também, Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 152 ss.

⁴⁵² Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 153.

2.1. Algumas precisões

A procura de equivalentes materiais que se revelem susceptíveis de estabelecer a ligação indispensável entre acção e bem jurídico ao nível da criminalização será sempre uma construção a ter em conta na resolução destes novos problemas. Porém, e por um maior rigor de ideias, apresentaremos a forma como vemos o problema, forma essa, reafirme-se, indubitavelmente próxima de Hefendehl.

Obviamente, também nós consideramos que o momento em que o problema da acumulação se revela é o momento da criminalização. Não seremos *ingénuos* ao ponto de afirmar que não se tornará necessária uma discussão dogmática sobre o assunto. Essa discussão terá de ser feita e juntaremos, *infra*, algumas considerações quanto a esse aspecto.

Reputando-se ao nível da criminalização, consideramos que também se revelarão aqui de forma esclarecedora as influências das posições que adoptámos quanto ao bem jurídico colectivo. Não são desprovidas de significado as várias referências que fomos fazendo ao papel principal da política-criminal. É que é ela que “oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui, deste modo, a pedra angular de todo o *discurso legal-social da criminalização / descriminalização*.”⁴⁵³ Na medida em que surge como “*transpositiva, transdogmática e trans-sistemática* face a um qualquer direito positivo.”⁴⁵⁴ Não haverá qualquer colisão entre este papel que, na esteira de Figueiredo Dias, atribuímos à política-criminal, e a defesa, nos termos que apresentámos, do bem jurídico colectivo já que aquela é “*intra-sistemática relativamente à concepção do Estado*, quer dizer, é imanente ao sistema jurídico constitucional”⁴⁵⁵, estando também ela sujeita a uma ligação de identidade com a CRP.

Deste modo, e fazendo a ponte com o que é, em concreto, o nosso problema, diremos: essencial é o legislador atribuir dignidade penal, criminalizando uma acção que, se repetida várias vezes e na medida em que se prevê que tal acontecerá, lesará um bem jurídico colectivo. A própria valoração do legislador, atribuindo às circunstâncias da realidade que consubstanciam o tal juízo de prognose, é susceptível de estabelecer o

⁴⁵³ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 35.

⁴⁵⁴ *Idem, ibidem.*

⁴⁵⁵ *Idem, ibidem.*

nexo necessário entre acção e bem jurídico. Tal construção nasce duma interpretação jurídica da realidade e que se afastará do empirismo que usualmente (e por vezes, como vimos, de forma não totalmente correcta) se inculca ao direito penal. Esta construção valorativa pode-se assemelhar ao equivalente material proposto por Hefendehl, mas não totalmente. E cremos que este afastamento é coerente com a nossa recusa em acompanhar Hefendehl no esforço que efectuou de materialização do bem jurídico. Foi esta recusa, lembre-se, que abriu a porta à *nossa* proposta da *analogia substancial*. E é porque a procura de equivalentes materiais se liga, de forma umbilical, à tal materialização que, tal como nos foi apresentada, recusámos, que também aqui importa posicionarmo-nos. Esta ligação umbilical não é escondida por Hefendehl, nomeadamente quando afirma que, “precisamos desta equivalência já que, afirmada a condição de objecto do mundo real submetido às leis físicas do bem jurídico, este há-de sofrer uma modificação consequência de uma conduta humana.”⁴⁵⁶ Ao invés, construímos a nossa formulação da seguinte forma: se considerando todos os dados de uma prognose realista – que atenderá pelo menos aos dados da ciência disponível juntamente com o critério da não criminalização de bagatelas – o legislador considerar que se multiplicarão várias condutas em si mesmo desprovidas de capacidade para lesar um bem jurídico colectivo, mas que em conjunto tornam essa lesão muito provável está o legislador autorizado a atribuir-lhes dignidade penal, sendo que a relação entre acção e bem jurídico será por ele construída nestes termos e apresentando-se por isso com um carácter normativo.

2.2. Algumas críticas quanto à perspectiva adoptada

As críticas à posição que perfilhámos já se vão sentindo, sendo que o teor da maioria, no essencial, correspondem às que demos a conhecer no capítulo II, ao longo de todo o ponto 2.2..

Guilherme Costa Câmara, dividindo três *níveis de ofensividade*, a saber, crimes de dano, crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstracto, avança que a proposta de Hefendehl redundaria na criação de um “quarto nível de ofensividade, isto é, como uma «nova categoria-limite da noção jurídico-penal de ofensividade», alargamento ou elasticização que (...) já encontrou predominante consenso na doutrina” por via dos

⁴⁵⁶ Roland Hefendehl, como na nota 282, pag. 10.

crimes de aptidão⁴⁵⁷. Esta interpretação do pensamento de Hefendehl parte da dedução de que, como este autor não considera válidas as *tradicionais* formas de construção do tipo legal logo, cria uma nova, ou pelo menos, abre a porta a novas formas. Não vemos as coisas desta forma. Sem dúvida que Hefendehl rejeita a tentativa de reconduzir o problema de que nos ocupamos àquelas três formas de construção dos tipos legais. Porém, daqui não se pode dar aquele salto. Primeiro porque isso, se bem percebemos, apenas serve para o autor demonstrar que este será um problema, sobretudo e primeiramente, de criminalização, algo que segundo a sua visão não tem sido reconhecido. Segundo, porque mais do que um problema de tutela (mais) avançada, mais do que uma questão de maior ou menor ofensividade, Hefendehl manifesta-se, isso sim, pela *inadequação* daquelas formas para tutelarem *bens jurídicos colectivos*, o que não tem, necessariamente, de constituir uma maior falta de ligação entre acção e bem jurídico e, por isso, uma tutela mais avançada.⁴⁵⁸ Cumpre no entanto referir que postularemos, como se verá adiante, que não são necessárias novas figuras dogmáticas para a existência de delitos cumulativos.

Outra das críticas que Guilherme Costa Câmara avança é que as propostas de Hefendehl poderiam conduzir-nos a um “perigoso normativismo, senão já a um radical funcionalismo” algo que retiraria o facto concreto da equação penal. Esta crítica tem dois planos. Um primeiro, em que importa referir que, quando nos pronunciarmos sobre qual a melhor forma de construção dos delitos cumulativos acreditamos que a crítica que aqui está implícita – que será uma violação do princípio da ofensividade e do princípio da culpa – ficará esclarecida. Quanto ao segundo plano, esse refere-se à suposta funcionalização do direito penal. Aqui manifestam-se diferenças - que porventura remontarão a outro nível - entre a nossa posição e a daquele autor brasileiro, já que ele se manifesta contra “uma subordinação da dogmática à política-criminal”⁴⁵⁹. Quanto a esta crítica apenas poderemos reforçar o que já dissemos *supra*, nomeadamente quanto ao facto de a política-criminal ser “imaneente ao sistema jurídico-

⁴⁵⁷ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 412. Dedicaremos adiante mais atenção aquelas figuras bem como à problemática dos crimes de aptidão. No entanto, por agora, focar-nos-emos apenas nesta crítica.

⁴⁵⁸ Sendo certo que não será difícil descortinar casos concretos, nomeadamente em hipotéticas situações que interpelam crimes de perigo abstracto, em que não é possível descortinar nenhuma ofensividade.

⁴⁵⁹ Guilherme Costa Câmara, como na nota 57, pag. 157.

constitucional”⁴⁶⁰, pelo que tal funcionalização colidiria de frente contra os mais basilares princípios constitucionais da intervenção penal, a saber, o critério da necessidade (carência) de tutela que decorre do artigo 18.º n.º 2 da CRP; o princípio da proporcionalidade em sentido amplo; bem como o princípio da não intervenção moderada. A política-criminal, apesar do – mas sobretudo pelo – papel primacial que desempenha, nunca poderá colidir com a Lei Fundamental algo que, pelo que já vai dito, não nos permite vislumbrar como é que a proposta de Hefendehl, que com algumas reservas pontuais, mas importantes, acolhemos, pode encarnar um “radical funcionalismo”⁴⁶¹. A questão de funcionalizar o direito penal, como já pudemos criticar, é um caminho que reputamos de perigoso, que no limite se desliga da dignidade da pessoa humana (artigo 13.º CRP). Por tudo isto, e pelo que já tivemos oportunidade de expor, rejeitamos liminarmente esta crítica.

Também Silva Dias formula uma crítica a esta proposta de Hefendehl, referindo-se não só a este, mas também à contra-crítica de Kuhlen. Para o penalista português, a questão de o problema da acumulação se revelar ao nível da criminalização reconduz-se à divisão entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação. Assim, afirma que esta divisão é usada pelo autor de forma indevida, porque “fazendo passar a ideia de que, não tendo o contexto cumulativo qualquer eco na composição dos tipos, nenhum problema suscita a apreciação da punibilidade concreta desse contexto. Como se a decisão do legislador pudesse produzir uma ruptura lógica entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação, eliminando qualquer conexão entre ambos, ou, em outros termos, como se fosse admissível num Estado de Direito determinar a responsabilidade criminal, recorrendo a conceitos dogmáticos que colidem com o quadro de validade extraído do seu ideário.”⁴⁶² Numa palavra: a criminalização seria feita em contradição total com a dogmática penal. Da nossa parte, e antes de seguirmos as palavras de Figueiredo Dias quanto a esta questão, cremos que o discurso de fundamentação é pode conjugar-se com o discurso de aplicação. Seguiremos Figueiredo Dias quando (re)afirma a legitimidade do legislador para “criar, se indispensável,

⁴⁶⁰ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 35.

⁴⁶¹ Um debate rigoroso sobre os delitos cumulativos não pode passar, em nossa opinião, por uma banalização das críticas.

⁴⁶² Augusto Silva Dias, como na nota 6, pag. 343 e 344.

incriminações acumulativas, protectoras de bens jurídicos colectivos.”⁴⁶³ Para concluir que, apesar de também não vislumbrar tal contradição, “mal iria o direito penal se os propósitos político-criminais fundamentais tivessem de esperar a estabilização do trabalho dogmático sobre eles, para só então se poderem impor; a história do direito penal mostra felizmente ser o contrário aquilo que tem sucedido.”⁴⁶⁴

3. Conclusões intermédias

Este extenso capítulo dividiu-se em dois grandes temas: um, que versou sobre o conceito de bem jurídico, sobre algumas propostas que sobre ele incidiram e, claro, sobre a nossa visão desta questão fulcral; e um segundo, em que se procurou responder à pergunta de como pode a acumulação inserir-se no direito penal.

Apelando ao nosso sentido de síntese, começamos por referir que ficou exposto, claramente, a imensa dificuldade de ensaiar um conceito de bem jurídico. Ainda assim, pudemos acompanhar a definição gizada por Figueiredo Dias bem como defender que nos mantemos fiéis a um direito penal que continue a ter função uma tutela subsidiária e de *ultima ratio* de bens jurídico-penais.

Mais do que as posições que expusemos, importa no âmbito deste ponto, retirar as notas essenciais que estarão presentes no próximo capítulo. Defendemos que ao lado dos bens jurídicos individuais surgem outros verdadeiros bens jurídicos de cariz social ou, de outro modo, que se revelam valiosos pelo que representam para nós enquanto comunidade. Estes, não se apresentam como novos no discurso político-jurídico já que encontram a sua tutela constitucional no catálogo dos direitos sociais e económicos. Importa agora Reafirmar a importante conclusão a que chegámos, de que a existência de bens jurídicos colectivos não está dependente de uma maior materialização destes do que a que já existe com a analogia material que se estabelece entre aquele catálogo e estes bens penalmente valiosos.

Feita esta brevíssima resenha, sempre acrescentaremos que os bens jurídicos colectivos se apresentam mais resistentes do que os bens jurídicos individuais, facto pelo qual se torna mais difícil a sua lesão bem como a capacidade de uma só acção se dirigir a um bem jurídico colectivo. Foi assim que chegámos à segunda parte deste

⁴⁶³ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 153.

⁴⁶⁴ Figueiredo Dias, como na nota 4, pag. 153

capítulo, parte essa que procurou saber onde é que a ideia de acumulação se manifesta com maior acuidade no seio do direito penal.

Na medida em que muito do que se desenvolveu nesta segunda parte terá o seu epílogo no próximo capítulo teremos de ter alguma precaução para não cair em repetições desprovidas de significado. Assim, começaremos por referir que, desde logo ficaram de lado algumas tentativas de resolução do problema. Efectivamente, soluções como remeter todos os problemas para o seio dos crimes de perigo abstracto e como rejeitar a existência de bens jurídicos colectivos não poderiam, pelos motivos acima expostos, merecer o nosso acompanhamento.

Foi então que, com Hefendehl, percebemos que o principal problema com que nos debatemos no seio dos delitos cumulativos é o de que não conseguirmos estabelecer um nexo de causalidade real entre a acção e o bem jurídico colectivo. Segundo o penalista alemão, a solução passaria por encontrar equivalentes materiais, sendo que a acumulação poderia encarnar tal papel, não estando, porém, a doutrina penal dispensada de encontrar outras formas e outros conceitos susceptíveis de desempenhar aquele papel. Outra das consequências que retirámos foi a de que a acumulação funcionaria ao nível da criminalização e não como um conceito que fosse mobilizado para a interpretação de certos tipos legais.

Apesar de concordarmos com a posição tomada por Hefendehl fomos *coagidos*, pelo conjunto de ideias a que fomos tendo acesso, a tentar trilhar o nosso próprio caminho sendo que o culminámos dialogando com as principais críticas susceptíveis de serem movidas contra a nossa posição. Não cremos que devamos sintetizar aqui as principais notas da nossa posição. Tal deve-se simplesmente ao facto de que o nosso raciocínio só ficará completo e, conseqüentemente, só terminará, com uma análise de alguns tipos legais que o concretizem.

CAPÍTULO IV

Análise de alguns tipos legais de matriz cumulativa

1. O problema aos olhos de alguns tipos legais

Após toda esta exposição, que se assumiu como o nosso juízo crítico ou, de outra forma, como a nossa tomada de posição, urge completar a nossa perspectiva global sobre esta problemática através da mobilização de alguns tipos legais de crime susceptíveis de merecerem uma análise à luz dos nossos problemas.

Não podendo seguir à risca o repto de Hefendehl, que incita à análise de todos os tipos legais que protejam bens jurídicos colectivos para se aferir se estamos, ou não, perante crimes cumulativos, escolhemos dois crimes que permitem uma visão mais concreta de tudo aquilo que pudemos expor.

Como se compreenderá, não poderemos – e nem é isso que se pretende - levar a cabo uma análise de todos os problemas que os tipos legais em causa levantam, pelo que a análise terá como foco o núcleo problemático que enfatizámos neste capítulo.

1.1. O crime de *violação de regras urbanísticas* – artigo 278.º - A do C.P.⁴⁶⁵

A lei n.º 32/2010 de 2 de Setembro, que procedeu à 25.ª alteração ao CP, aditou um novo tipo legal de crime, precisamente aquele que será alvo da nossa atenção. Na verdade, o artigo 278.º - A do CP, que terá de ser analisado conjuntamente com o artigo 278.º - B⁴⁶⁶ do CP, parece-nos ser susceptível de uma análise *acumulativa* ou, por

⁴⁶⁵ Artigo 278.º - A – Violação de regras urbanísticas

1 – Quem proceder a obra de construção, reconstrução ou ampliação de imóvel que incida sobre via pública, terreno da Reserva Ecológica Nacional, Reserva Nacional Agrícola, bem do domínio público ou terreno especialmente protegido por disposição legal, consciente da desconformidade da sua conduta com as normas urbanísticas aplicáveis, é punido com pena de prisão até 3 anos ou multa.

2 – Não são puníveis as obras de escassa relevância urbanística, assim classificadas por lei.

3 – As pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelo crime previsto no n.º 1 do presente artigo.

4 – Pode o tribunal ordenar, na decisão de condenação, a demolição da obra ou a restituição do solo ao estado anterior, à custa do autor do facto.

⁴⁶⁶ Artigo 278.º - B - Dispensa ou atenuação da pena

1 – Nos casos previstos no artigo anterior, pode haver lugar a dispensa da pena se o agente, antes da instauração do procedimento criminal, demolir a obra ou restituir o solo ao estado anterior à obra.

2 – A pena é especialmente atenuada se o agente demolir a obra ou restituir o solo ao estado anterior à obra até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância.

outras palavras, mas no mesmo sentido, acreditamos que estamos perante um verdadeiro delito cumulativo.

Porventura por ter entrado em vigor *apenas* a 02/03/2011, este é um crime que ainda não foi alvo de uma análise profunda. No entanto, os dados de que dispomos permitem-nos fazer uma análise com um grau de segurança considerável.

O tipo de legal que podemos denominar de crime urbanístico teve na sua génese um projecto de Lei do PS – projecto de lei n.º 217/XI⁴⁶⁷ - que foi apresentado, pela “progressiva consciencialização social da necessidade de se assegurar uma conformidade entre a edificação e ocupação dos solos e as normas urbanísticas, legais ou administrativas, que pretendem assegurar a sustentabilidade desses espaços e um ordenamento coerente [que] é hoje o resultado de uma cidadania cada vez mais esclarecida.”⁴⁶⁸ Após, esta inserção mais geral, o citado projecto de lei aproxima-se, na nossa maneira de ver, duma certa ideia de acumulação – que desenvolveremos de seguida – quando afirma que “a pressão construtiva sobre recursos que são, por natureza escassos é (...) susceptível de criar um ambiente propiciador de outros ilícitos [sendo] recomendável que, nesta área seja sublinhada pelo Estado a importância do cumprimento da legalidade (...).”⁴⁶⁹ Concretizando, diremos que o legislador receia o aumento de dois tipos de condutas; por um lado, receia que aumentem todo o tipo de obras que o tipo legal do artigo 278.º - A do CP explicita; por outro, teme que haja também um aumento dos crimes de corrupção na medida em que, para que aquelas obras se realizem, terá sempre de haver uma autorização da Administração.

Podemos dizer que este tipo legal foi assumidamente influenciado pelo ordenamento jurídico espanhol que, como afirma a nota técnica do projecto de lei n.º 217/XI⁴⁷⁰, “estabelece que na legislação sobre o ordenamento do território, as autoridades públicas devem assegurar a inscrição de princípios relativos à melhor utilização dos recursos do solo e outros elementos ambientais, sempre com o objectivo

⁴⁶⁷Consultável em www.parlamento.pt

⁴⁶⁸ Projecto de Lei n.º 217/XI retirado de:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a4c33526c6548527663793977616d77794d54637457456b755a47396a&fich=pjl217-XI.doc&Inline=true>

⁴⁶⁹ Projecto de Lei 217/XI, como na nota 468.

⁴⁷⁰ Consultável em app.parlamento.pt

de atingir os mais altos níveis de qualidade de vida e respeito do habitat humano, sob a perspectiva de aumento do bem-estar individual e desenvolvimento social.”⁴⁷¹

Também o debate que consta do parecer da AR, que teve como relator Fernando Negrão, se nos apresenta como um valioso contributo para os nossos propósitos. Desde logo, Faria Costa, pertencente ao Conselho Superior de Magistratura, afirma que “é possível criar um crime de dever, ou seja, para aquele que infringe regras impostas etc. Todavia, isto leva-nos (...) para outro patamar, que é o de saber se nós, enquanto comunidade organizada queremos um Direito Penal a duas velocidades”⁴⁷² ideia que surge pelo aparecimento de um direito penal com menos garantias que se juntaria ao *velho* direito penal. Para o problema que cuidamos são também interessantes as palavras do então Presidente do Conselho Superior do Ministério Público – Pinto Monteiro – quando afirma que “o que é preciso é haver um crime à maneira do código espanhol que (...) parta do princípio que num país tem de haver uma gestão racional do seu solo, do seu ambiente.”⁴⁷³

Olhando agora de forma directa para o tipo legal do artigo 278.º - A do CP começamos por referir que estamos, indiscutivelmente, perante a tutela de um bem jurídico colectivo, algo que, como vimos, se assume essencial para se poder falar de um crime cumulativo. “O bem jurídico é a preservação da natureza, na sua vertente solo.”⁴⁷⁴ No entanto, se a questão do bem jurídico se assume como pacífica, já a criação pelo legislador de um crime cumulativo exige uma mais extensa fundamentação na medida em que tal nunca é referido expressamente nem na doutrina, nem nos trabalhos preparatórios.

Teremos de reflectir sobre a forma como a acção, que este tipo legal criminaliza, se dirige ao bem jurídico. Mas antes diremos, que quanto a este crime, estamos perante um tipo legal de cariz marcadamente cumulativo, também na medida em que a criminalização daquelas condutas se faz com base em dois pressupostos: 1) que

⁴⁷¹ Nota técnica do projecto de Lei 217/XI, como na nota 470, pag. 5 e ss.

⁴⁷² Faria Costa, *in Comissão eventual para o acompanhamento político do fenómeno da corrupção e para a análise integrada de soluções com vista ao seu combate*, parecer que apresentou como seu relator Fernando Negrão, pag. 48. A referência feita pelo Professor de Coimbra remete-nos, inevitavelmente, para o estudo, já citado, de Silva Sanchez.

⁴⁷³ Pinto Monteiro, *Comissão eventual para...*, pag. 48.

⁴⁷⁴ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal*, pag. 803

estamos, como já referimos, perante um bem jurídico colectivo digno de tutela penal; 2) e que já existe uma tendência, materializada em casos concretos, para a expansão deste tipo de obras que redundará na efectiva lesão do bem jurídico ambiente. Com este segundo argumento, que é, aos nossos olhos, evidente, caem por terra as críticas daqueles que afirmam que é impossível a prognose revelar-se, mais do que muito provável, certa.

Como se depreende da exposição feita até este momento, também faltará a tal conexão entre acção e bem jurídico. Este nexos só foi possível, porque foi construído pelo legislador através da decisão de valorar aquela mais que provável repetição de obras que, ainda que individualmente destituídas de significado, se apresentaram, aos seus olhos, com um potencial lesivo digno de tutela penal. Por motivos expositivos, diremos que se víssemos este tipo legal à luz do pensamento de Hefendehl, diríamos que a acumulação serviu de equivalente material à relação que no seio da causalidade lesiva, há-de dar-se entre acção e bem jurídico.

Mas este tipo legal apresenta outros dois pontos que merecem a nossa atenção: um porque coincide com uma ideia que já tivemos oportunidade de defender, e o outro porque, na nossa opinião, é susceptível de reforçar o nosso entendimento deste tipo legal de crime como um delito cumulativo.

Quanto ao primeiro ponto, ele coincide com o exposto no n.º 2 do artigo 278.º - A do CP que estabelece que “não são puníveis as obras de escassa relevância urbanística, assim classificadas por lei.” De facto, já antes pudemos referir que o direito penal não toleraria uma expansão da punibilidade que fosse ao extremo de punir comportamentos que não tivessem um certo *quantum* de desvalor. Na verdade, sempre será necessário estabelecer um limiar que demarque qual a fronteira que se tem de passar, para entrar no campo de acção do direito penal.⁴⁷⁵ A solução encontrada foi, aliás como para todo o tipo legal, a da acessoriedade administrativa. É uma solução que aplaudimos.

O segundo ponto a que nos referimos, prende-se com a especificidade da lei portuguesa de não estar “limitada a determinados agentes profissionalmente ligados à

⁴⁷⁵ De referir que Pinto Monteiro, como na nota 473, pôde demonstrar a sua preocupação precisamente com o facto de ter de haver algo que possibilite a não punição de bagatelas penais.

construção civil, como sucede com a [lei] espanhola (*promotores, constutores o técnicos directores*), incluindo ao invés qualquer agente”⁴⁷⁶, sendo que “o agente do crime pode ser uma qualquer pessoa física, pessoa colectiva ou equiparada.”⁴⁷⁷ Ora, daqui decorre, se bem analisamos a questão, que houve a preocupação do legislador de criminalizar aquelas condutas praticadas por pessoas colectivas que, pela natureza das coisas ⁴⁷⁸ estão mais próximas de levar a cabo condutas susceptíveis de revelarem aquela causalidade lesiva real. Como também houve a constatação de que uma multiplicidade de condutas elaboradas por pessoas singulares pode – reafirme-se, no seu conjunto – também aproximar o bem jurídico do limiar do dano.⁴⁷⁹

Por fim, podemos ainda afirmar que a inserção sistemática deste tipo legal – título IV do livro II (Dos crimes contra a vida em sociedade) –, conjugado com tudo o que vai dito, se apresenta como outro dado susceptível de trazer à colação a questão dos delitos cumulativos.

Concluindo esta análise, sempre concordaremos, sem qualquer tipo de contradição, com o que defendemos *supra*: que existe neste tipo legal de crime, assim como existirá na grande maioria dos delitos cumulativos, “uma certa *funcionalização* da noção de bem jurídico, quando comparada com aquele «monólito jurídico corporizado» que formou a concepção acirradamente liberal do bem jurídico.”⁴⁸⁰ No entanto, isto não implica que se venha logo preconizar o aparecimento de uma radical funcionalização. Enveredar-se por esse caminho é o mesmo que permanecer *agarrado* ao direito penal da Ilustração.

1.2. O(s) crime(s) de corrupção

O vastíssimo tema da corrupção será alvo, no contexto do presente trabalho, de uma abordagem selectiva, na medida em que tratar de todos os problemas relativos

⁴⁷⁶ Paulo Pinto de Albuquerque, como na nota 474, pag. 803.

⁴⁷⁷ *Idem, ibidem.*

⁴⁷⁸ Desde logo podemos referir que, muitas das vezes agindo sob uma motivação económica, levam a cabo mais construções, bem como obras de maior porte, o que as torna como, provavelmente, a grande referência desta criminalização.

⁴⁷⁹ Apenas olhamos para a intenção do legislador, interpretando-a. De fora, até porque ainda é cedo para se retirarem essas conclusões, ficarão as conclusões sobre a aplicabilidade deste preceito a pessoas singulares.

⁴⁸⁰ Figueiredo Dias, como na nota 33, pag. 1132.

àquele crime acabaria por ofuscar o propósito concreto e específico para o qual foi convocado.

No entanto, importa começar por algo que não se dirige, pelo menos directamente, à análise que levamos a cabo neste ponto: apresenta-se como curioso o facto de a corrupção ser um dos primeiros bens jurídicos da comunidade merecedor da tutela penal. Este argumento, de cariz histórico, não deixa de ter a sua relevância e, na verdade, essa relevância aponta no sentido de que não estaríamos perante um crime cumulativo. Tal seria, digamos, uma impossibilidade por tudo o que já dissemos no capítulo I e II, principalmente, no que toca à forma como surgiram estes crimes. Segundo Almeida Costa, “a corrupção e o abuso de funções por parte de titulares de órgãos do poder desde cedo ocupou lugar de destaque nas ordens jurídicas da antiguidade”⁴⁸¹.

Seria um truísmo afirmar que a corrupção mudou com o passar dos tempos, quanto mais não fosse porque “esta corrupção implícita que é a vida”⁴⁸² tem o poder – por vezes angustiante, como vimos no capítulo I – de transfigurar tudo quanto parecia certo e seguro. Contudo, tal afirmação ganha outro sentido no crime de corrupção, na medida em que “a última década tem sido fértil (...) em alterações legislativas no domínio das incriminações da corrupção.”⁴⁸³

Apesar desta realidade, o que nos ocupa neste espaço será apenas uma pequena parte dos problemas que o(s) crime(s) de corrupção suscitam. Na ingrata tarefa de estreitar caminhos, podemos referir que, pela bipolarização que a lei leva a cabo ao prever o crime de corrupção passiva (artigo 373.º C.P.⁴⁸⁴) e o crime de corrupção activa

⁴⁸¹ Almeida Costa, *Sobre o crime de corrupção*, in *Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, pag. 56. Para uma análise histórica da corrupção *vide* pag. 56 a 71.

⁴⁸² Virgílio Ferreira, *Para sempre*, pag. 12.

⁴⁸³ Cláudia Cruz Santos, *Considerações Introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre corrupção)*, in *A Corrupção – Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico – Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, pag. 7 e 8.

⁴⁸⁴ Artigo 373.º - Corrupção passiva

1 – O funcionário que por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, é punido com pena de prisão de um a oito anos.,

(374.º C.P.⁴⁸⁵) não nos iremos deter na discussão que versa sobre se a corrupção não deveria antes contemplar, como no passado, apenas um tipo legal.⁴⁸⁶ No entanto, e tomando posição por adesão à argumentação de outrem, apoiamos a exposição de Almeida Costa⁴⁸⁷, que também merece o apoio de Cláudia Cruz Santos.: “reforce-se (...) que a corrupção passiva e activa *não são crimes de participação necessária*, pelo que a consumação de cada um deles não supõe a intervenção, *não supõe a intervenção cumulativa do agente público corrupto e do cidadão corruptor*”⁴⁸⁸. É que, como decorre expressamente da lei, nos casos de corrupção activa – porventura o pólo que levanta mais questões no binómio que é a corrupção -, a simples oferta de suborno preenche o tipo e configura um crime de corrupção activa consumada.⁴⁸⁹ Deste modo, “entende-se que a corrupção «activa» - *de iure condendo e de iure condito* – reveste a natureza de crime «formal » ou de «mera actividade».”⁴⁹⁰

2 – Se o acto ou omissão não forem contrários aos deveres do cargo e a vantagem não lhe for devida, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

⁴⁸⁵ Artigo 374.º - Corrupção activa

1 – Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim indicado no n.º 1 do artigo 373.º, é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

2 – Se o fim for o indicado no n.º 2 do artigo 373.º, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.

⁴⁸⁶ É uma discussão interessante e que, ao contrário do que se possa julgar, não está ultrapassada.

Algumas discussões de projectos de lei estão aí para o provar. Almeida Costa, no seu estudo, expõe que as duas teses possíveis quanto a esta questão não são compatíveis. “Uma trata as questões aqui envolvidas nos quadros de uma «unidade criminosa», compreendendo as corrupções «activa» e «passiva» como partes integrantes de um único tipo legal de crime. A outra divide o fenómeno da corrupção em duas vertentes contrapostas, construindo as corrupções «activa» e «passiva» como crimes autónomos, com processos executivos que, embora relacionados, se apresentam independentes no plano da tipicidade.” – Almeida Costa, como na nota 481, pag. 93 ss.

⁴⁸⁷ Almeida Costa, como na nota 481, pag. 92 e ss.

⁴⁸⁸ Cláudia Cruz Santos, *A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência*, in *A corrupção*, pag. 111.

⁴⁸⁹ Não sendo por isso necessário recorrer a construções como a punição como tentativa de corrupção ou como instigação à corrupção. *Cfr.* Almeida Costa, como na nota 481, pag. 74.

⁴⁹⁰ Almeida Costa, como na nota 481, pag. 102.

1.2.1. O bem jurídico no(s) crime(s) de corrupção e questões conexas

Sendo obrigatório, para uma análise correcta da corrupção à luz do nosso tema, o regresso ao terreno do bem jurídico penal e seus problemas, não será de estranhar que recuemos a tudo quanto já foi referido em todo o ponto 1. do capítulo III.

Feita esta ressalva, começaremos por referir expressamente algo que já podemos deixar de forma implícita: a corrupção, como exemplo de algo censurável desde tempos remotos mas também por ser aceite, pacificamente, a necessidade da sua tutela penal, vem acabar com as dúvidas – assumindo que elas existissem – de que o direito penal só servirá para proteger bens jurídicos de cariz individual.⁴⁹¹

Para os nossos propósitos, importa perceber qual o bem jurídico que o direito penal tutela, algo que está envolto – ainda que cada vez menos – numa interessante discussão. Só assim poderemos, coerentemente com o que se vem defendendo nesta dissertação em geral, mas neste capítulo em especial, retirar algumas conclusões que tentarão responder a uma pergunta: será também a corrupção um crime cumulativo?

Esta é uma pergunta que não se apresenta como descabida. De facto, e não entrando por agora em grandes particularidades, estamos perante um bem jurídico colectivo, com dignidade penal e que é questionável se será possível estabelecer uma causalidade lesiva real entre uma acção individual aquele bem jurídico sendo fácil citar exemplos que poderão materializar esta ideia.⁴⁹² Alguma doutrina abre a porta a esta problematização, quando afirma que “a actuação *contra a lógica da justiça* que é inerente à corrupção gera uma espécie de efeito dominó, contaminando o sistema em moldes que são inequivocamente criminógenos.”⁴⁹³ E esta questão, que aqui problematizamos, vem-nos, se bem pensamos, já desde Feuerbach quando este autor “referia que o fundamento da punição da corrupção imprópria residia no perigo de a sua prática conduzir à verificação de posteriores corrupções próprias” ou desde Binding quando afirma que “a corrupção imprópria, considerada em si mesma, seria eticamente indiferente, justificando-se a respectiva incriminação, tão-só, com o objectivo de evitar

⁴⁹¹ No mesmo sentido, Débora Thaís de Melo, *Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos colectivos*, in *A corrupção*, pag. 76.

⁴⁹² Onde casos de corrupção imprópria (ou para acto lícito) mas também de corrupção activa.

⁴⁹³ Cláudia Cruz Santos, como na nota 483, pag. 27.

a instauração de «hábitos de venealidade» que pudessem levar à perpetração de actos ilícitos pelos funcionários.»⁴⁹⁴

Sendo certo que o bem jurídico que subjaz ao crime de corrupção traduzirá sempre uma ideia de censurabilidade, que iluminará a necessidade de se proteger o mercadejar com o cargo que se ocupa, importa perceber como é que se *constrói*, em concreto, o bem jurídico, na medida em que, como se verá, tal poderá apresentar-se como importante.

A doutrina italiana que - é usual afirmar-se - apresenta uma “assinalável uniformidade de posições”⁴⁹⁵, defende que “o objecto de protecção reconduz-se ao prestígio e à dignidade do Estado, como pressupostos da sua eficácia ou operacionalidade na prossecução legítima dos interesses que lhe estão adstritos.”⁴⁹⁶ Perante a defesa desta ideia, colocou-se o problema dos casos de corrupção imprópria - em que a actuação do funcionário é dirigida para a realização de um acto lícito - já que neles não se vislumbraria qualquer afectação da dignidade e do prestígio do Estado. “Todavia, conforme opinião dominante, nestes casos, além da dignidade e prestígios estatais, estar-se-ia a vulnerar a normalidade da actuação do serviço público.”⁴⁹⁷

Já a doutrina alemã se apresenta com maior diversidade, sendo que se podem surpreender quatro grandes posições, sendo que “todas elas se prendem com a alternativa de qualificar a corrupção «passiva» como um crime de «perigo» ou como um crime de «dano».”⁴⁹⁸

Uma primeira posição defende que o bem jurídico protegido seria a “pureza da função pública”. No entanto, “face à abstracção desta acepção, aliada à ausência de qualquer contributo para fins de diferenciação da corrupção dos demais delitos de funcionários, goza tal visão de pouca aceitação.”⁴⁹⁹

⁴⁹⁴ Almeida Costa, como na nota 481, pag. 135, com especial relevo para a nota 222.

⁴⁹⁵ Almeida Costa, como na nota 481, pag. 132. No mesmo sentido, Débora Thaís de Melo, como na nota 491, pag. 80.

⁴⁹⁶ Almeida Costa, como na nota 481, pag. 132.

⁴⁹⁷ Débora Thaís de Melo, como na nota 491, pag. 80.

⁴⁹⁸ Almeida Costa, como na nota 481, pag. 133.

⁴⁹⁹ Débora Thaís de Melo, como na nota 491, pag. 81.

A segunda tese defende que o que se pune é “falsificação ou adulteração da vontade do Estado”. Como afirma Almeida Costa, esta é uma posição em que “a simples corrupção «passiva», em si mesma, não implicaria a ofensa daquele bem jurídico – que só resultaria violado com a conduta do funcionário visada pelo suborno -, mas apenas o «risco» ou «perigo» da sua lesão. Daí que se qualificasse a corrupção «passiva» própria, como um crime de perigo *concreto*, e a imprópria, como crime de perigo abstracto.”⁵⁰⁰ Algumas críticas podem ser dirigidas a esta posição. A mais forte, e que “faz cair pela base a construção em análise”⁵⁰¹, prende-se com o facto de que “mesmo nas hipóteses de corrupção *própria*, a actividade do funcionário visada pelo suborno, *em si*, não constitui, as mais das vezes, uma infracção criminal, configurando antes um ilícito administrativo, fiscal, civil ou contra-ordenacional [logo] o bem jurídico violado por tal conduta nem sempre possui, também, natureza penal.”⁵⁰²

A terceira posição, que surge em termos algo próximos da doutrina italiana, é indissociável do seu entendimento da corrupção como um crime de dano porquanto na *eficácia ou capacidade de intervenção para a realização das finalidades que lhe estão atribuídas* se daria uma efectiva lesão.

A última posição defende um bem jurídico complexo que se desdobraria em dois aspectos: um aspecto externo, que se revelaria na “defesa da «dignidade» e do «prestígio» da Administração, como pressupostos da «confiança» que nela deposita a colectividade”⁵⁰³; e um aspecto interno, que consistiria “na criação de um obstáculo ao perigo de «falsificação da vontade do Estado». No entanto, e ao contrário do que possa parecer, a corrupção seria construída como um crime de perigo abstracto na medida em que a *falsificação da vontade Estadual* isto é, a afectação da sua capacidade funcional, não seria colocada em causa por uma só acção “mas antes de um modo «virtual» [sendo que] qualquer solicitação ou aceitação de dádivas por funcionários, ao contribuir para a instauração de hábitos de corrupção, envolveria o risco de falsificação da vontade virtual do serviço público”⁵⁰⁴

⁵⁰⁰ Almeida Costa, como na nota 481, pag. 135.

⁵⁰¹ Almeida Costa, como na nota 481, pag. 136.

⁵⁰² Almeida Costa, como na nota 481, pag. 136.

⁵⁰³ *Idem, ibidem.*

⁵⁰⁴ *Idem, ibidem.*

1.2.2. Corrupção: crime cumulativo?

Feita a referência ao facto de se poder discutir a questão dos delitos cumulativos também quando falamos do(s) crime(s) de corrupção, e analisadas algumas propostas que a doutrina ensaiou quanto ao bem jurídico protegido, chegou a altura de analisarmos a possibilidade de estarmos perante um crime cumulativo.

No estudo que elaborou sobre a questão do bem jurídico no crime de corrupção, Débora Thaís de Melo aborda esta possibilidade. Começa por referir que a *técnica* dos crimes de perigo abstracto tem sido usada pelo legislador para proteger instituições essenciais ao funcionamento do Estado e do sistema social, muito pelo facto de estes bens jurídicos colectivos não poderem ser afectados por acções individuais, “de forma que só os efeitos acumulados gerariam risco ao bem tutelado.”⁵⁰⁵

Assim, e sendo esta argumentação susceptível de abarcar (também) a corrupção, a autora expõe uma posição de Bernd Schünemann, que podemos denominar de *tese do bem jurídico intermediário, qual representante do bem jurídico colectivo*. Este bem jurídico intermediário representaria o bem jurídico colectivo que, efectivamente e em última análise, se visa proteger. Pegando no exemplo do crime de corrupção: o bem jurídico colectivo que se queria proteger seria o correcto funcionamento da Administração enquanto que o bens jurídicos intermediários (que, de forma impressiva, poderemos também denominar de imediatos) seriam “os deveres de fidelidade e integridade dos funcionários públicos.”⁵⁰⁶

Como afirma a autora brasileira, “a justificação da incriminação residiria no perigo para o bem jurídico mediatamente protegido com a lesão repetida do bem jurídico intermediário, sem que a demonstração do referido perigo se revele necessária à realização do tipo.”⁵⁰⁷

Descortinamos alguns pontos de contacto entre esta posição e a de Maurach do *representante ocasional do bem jurídico*⁵⁰⁸ na medida que ambas procuram, no fundo, encontrar um *patamar intermédio* que permita estabelecer a ligação, ainda que indirecta,

⁵⁰⁵ Débora Thaís de Melo, como na nota 491, pag. 66.

⁵⁰⁶ *Idem, ibidem.*

⁵⁰⁷ *Idem, ibidem.*

⁵⁰⁸ *Vide supra* ponto 2. do presente capítulo.

entre a acção e o bem jurídico. Enquanto que na proposta *sub studio esse patamar* é preenchido por bens jurídicos intermediários, para Maurach existiria um *representante ocasional* que, as mais das vezes, seria o objecto da acção. Porém, a maior diferença e, por tudo o que podemos defender, decisiva é que, enquanto aquela trata esta problemática ao nível no tipo, Maurach trata-a ao nível da criminalização.

A tese do bem jurídico intermediário sujeita-se a algumas críticas. Desde logo, como bem afirma Débora Thaís de Melo – que neste ponto segue na esteira de Susana Soto Navarro – ,“ se as exigências do tipo objectivo e subjectivo material referem-se somente ao bem intermediário, não há como dizer-se que o bem jurídico colectivo configura autêntico bem jurídico na hipótese, e sim, mera *ratio legis*”⁵⁰⁹. Esta será, porventura, uma crítica suficiente para refutar tal proposta. Contudo, elencam-se outras, tais como: não se deve *contornar* as dificuldades inerentes aos bens jurídicos colectivos com a conversão de crimes de perigo em crimes de lesão; aquela proposta acabaria por redundar numa proibição apenas de deveres, sem que se vislumbre um conteúdo de injusto; e, por fim, reafirma-se a violação do princípio da culpa pois que estaríamos perante uma responsabilização *ex iniurii tertii*.⁵¹⁰

Acreditamos que a primeira crítica formulada pela(s) autora(s) é a que se adequa melhor a análise daquela proposta. Não seria preciso referir a nossa discordância na medida em que já decorreria de tudo quanto vai dito, sendo que os pontos de divergência são evidentes. Contudo, temos ainda a referir que, se seguíssemos a tese do bem jurídico intermediário, redundaríamos num direito penal demasiadamente preventivo, em que, para se tutelar um bem jurídico colectivo teríamos de recorrer a outros bens jurídicos. Algo que seria, no limite, uma deslealdade para com os cidadãos que dificilmente se coadunaria com alguns dos mais basilares princípios jurídico-constitucionais. No mesmo sentido, não será difícil descortinar casos em que apesar de uma certa acção se apresentar como violadora de um bem jurídico imediato, ela se apresente bagatela para o bem jurídico mediato.

Mergulhemos agora, em concreto, na resposta à pergunta que serve de epígrafe a este ponto. Parece-nos que as construções doutrinárias que expusemos, principalmente aquelas que constroem os bens jurídicos tutelados de forma a que o crime de corrupção

⁵⁰⁹ Débora Thaís de Melo, como na nota 491, pag. 66.

⁵¹⁰ Em termos próximos da citação, Débora Thaís de Melo, como na nota 491, pag. 66 e 67.

seja entendido como um crime de perigo abstracto, são susceptíveis de uma argumentação favorável à ideia de que estamos perante um crime cumulativo. De facto, se bem vemos o problema, não é possível encontrar aquela causalidade lesiva real entre uma acção individualmente considerada e o bem jurídico *dignidade e prestígio do Estado* ou a *confiança ou credibilidade do Estado*. Donde, podemos afirmar que o legislador, ao tutelar um bem jurídico construído nos termos que acabamos de referir, valora como digno de tutela penal *o risco* de que, sem a censura de *ultima ratio*, as condutas corruptivas se disseminariam. Remetendo para o pensamento de Hefendehl diríamos que, neste caso, a acumulação serviu de equivalente material para que, ao nível da criminalização, se estabelecesse a indispensável causalidade lesiva real entre acção e bem jurídico. Seguindo as nossas considerações, estamos em crer que seria o legislador, ao valorar esta realidade, que estabeleceria aquela causalidade, na medida em que não é possível, como dissemos mas reafirmamos, estabelecer aquela relação entre a acção singular e um bem jurídico colectivo como a dignidade do estado.

Acreditamos que estas ideias decorrem, ainda que não expressamente, do pensamento de Débora Thaís de Melo, quando afirma que a posição que sustenta – e que veremos adiante – é de preferir a uma referência mais genérica como acontece na maioria das propostas que já analisámos. A autora brasileira afirma este ponto porque “a eleição pura e simples de um bem vago (...) não confere conteúdo ao desvalor da corrupção.”⁵¹¹ Pensamos que esta questão se prende, e estamos em crer que de forma decisiva, com os problemas que motivaram a nossa tomada de posição que, como vimos, incidiu sobre a ideia base de que a acumulação de condutas é um problema que se manifesta ao nível da criminalização. Ou seja, e concretizando, o problema de se *eleger* aquele bem jurídico é o de que não se verifica uma causalidade lesiva real entre acção – o funcionário que *in casu* assume um comportamento corrupto – e o bem jurídico – a dignidade do Estado.

No entanto, esta nossa posição, que à partida parece afirmar que na corrupção também é possível falar de um crime cumulativo, tem de ser completada com a proposta de Almeida Costa, que se assume como fulcral para uma adequada compreensão do nosso tema. Adiantamos que, após a análise desta proposta, teremos que nos voltar a

⁵¹¹ Débora Thaís de Melo, como na nota 491, pag. 88. Já nos pronunciámos quanto a esta questão dos bens jurídicos se apresentarem como vagos. *Cfr. supra* ponto 1. do presente capítulo.

pronunciar sobre a possibilidade (ou não) de na corrupção vislumbrarmos um crime cumulativo.

1.2.3. A proposta de Almeida Costa

Começa este penalista por referir que o bem jurídico violado pelas condutas que usualmente preenchem os tipos legais atinentes à corrupção será “a ideia da manipulação ou violação da «autonomia intencional» do Estado – *rectius*, da «legalidade administrativa».”⁵¹²

Assim, e num caminho que o levará a fundamentar o(s) crimes de corrupção como crime de dano, Almeida Costa afirma que, cabendo ao direito penal a tutela subsidiária de bens jurídico-criminais, estes apresentam-se com uma dupla face: por um lado, encontramos bens jurídicos essenciais à realização humana (aqueles que, no fundo, se reconduzem à vida, à integridade física, a liberdade etc); por outro, como *sustentáculos* da efectivação destes últimos, “surtem outros que assumem um papel secundário, como «valores-meio», [sendo] bens jurídicos que, consubstanciando, em si mesmos, objectivos organizatórios e funcionais, via de regra, encontram o seu campo privilegiado no direito de mera-ordenação-social.”⁵¹³

Quanto a estes últimos poderíamos denominar de bens jurídicos instrumentais que, ainda que *ab initio* não tivessem dignidade penal, “dada a sua essencialidade e intrumentalidade à preservação de valores essenciais, revelar-se-ão dignos de tutela penal, enquanto autênticos bens jurídico-criminais, caso, a título de ilustração da soberania estatal, do Estado de Direito e, de um modo geral, da própria autoridade pública.”⁵¹⁴ Defende Almeida Costa que, pela importância que estes bens jurídicos instrumentais revelam para a organização social têm “«densidade» penal própria, integram bens jurídicos-criminais independentes, cuja violação constitui um crime de dano.”⁵¹⁵

Ainda que tal já decorra do que vai dito, reforça-se que não estamos perante uma espécie de tutela avançada, nem perante algo substancialmente igual à tese do bem jurídico imediato. Conforme defende Almeida Costa “não obstante o carácter instrumental que reveste, também a própria Administração, atenta a relevância dos

⁵¹² Almeida Costa, como na nota 481, pag. 141.

⁵¹³ Almeida Costa, como na nota 481, pag. 141.

⁵¹⁴ Débora Thaís de Melo, como na nota 491, pag. 85.

⁵¹⁵ Almeida Costa, como na nota 481, pag. 142.

objectivos que serve, pode, em si mesma, assumir a natureza de bem jurídico criminal” na medida em que é imprescindível para a organização social. Donde,” a corrupção (própria e imprópria) traduz-se (...) sempre numa manipulação do aparelho de Estado pelo funcionário que, assim, viola a «autonomia intencional» da Administração, ou seja, em sentido material, infringe a «legalidade administrativa».”⁵¹⁶

Segundo o autor, desta posição – que mereceu o apoio de vários autores⁵¹⁷ - resultam algumas conclusões. Desde logo a corrupção passiva (em qualquer das suas *vertentes*) constitui-se como um crime de dano “já que não se limita a pôr em risco, antes importa uma efectiva violação da «esfera de actividade» do Estado, traduzida numa ofensa à sua «autonomia intencional».”⁵¹⁸ Consequentemente, a consumação do crime coincidirá com o momento da solicitação ou aceitação do suborno por parte do funcionário, já que “consistindo o bem jurídico em causa na «autonomia intencional» do Estado, a sua violação ocorre logo que o funcionário emita uma declaração de vontade de que resulte a inequívoca intenção de mercadejar com o cargo”⁵¹⁹. Outra conclusão é a de que a infracção “esgota-se no mercadejar com o cargo” sendo que “a omissão ou a efectiva realização da actividade prometida pelo funcionário, bem como o seu carácter lícito ou ilícito mais não representam do que circunstâncias que aumentam ou diminuem a gravidade”⁵²⁰ daquela.

⁵¹⁶ Almeida Costa, como na nota 481, pag. 144. Afirma o autor que esta será a posição que melhor se coaduna “com a nossa tradição jurídica, que expressamente apontava, como finalidade dos tipos legais em apreço, a tutela da «legalidade administrativa».

⁵¹⁷ De facto, encontramos a influência desta posição quer em Débora Thaís de Melo quer em Cláudia Cruz Santos. A autora brasileira afirma que “ao pedir e aceitar suborno, o agente público abusa e se vale da posição ocupada para locupletamento privado, substituindo-se ao Estado e subvertendo critérios que, em uma ordem democrática e de direito, devem necessariamente presidir ao desempenho das funções públicas, como exigências de legalidade, objectividade e independência enquanto condições essenciais à prossecução do interesse público.” – *Cfr.* Débora Thaís de Melo, como na nota 491, pag. 87. Por seu turno, a Professora de Coimbra defende que “a protecção deste valor que é a *actuação de funcionários e políticos regida unicamente pela lei* (...) se justifica sobretudo pela intenção de proteger aquilo a que Almeida Costa chama a *autonomia intencional do Estado* e que se julga ter repercussões ao nível da *objectividade decisional do agente público*.” – *Cfr.* Cláudia Cruz Santos, como na nota 488, pag. 108.

⁵¹⁸ Almeida Costa, como na nota 481, pag. 145 e 146.

⁵¹⁹ *Idem, ibidem*, pag. 146.

⁵²⁰ *Idem, ibidem* pag. 148 e 149. Refere então o autor que, assim sendo, o crime base será o de corrupção imprópria, enquanto que a corrupção própria será um tipo agravado ou qualificado daquele.

1.2.4. Ainda a mesma pergunta: corrupção, crime cumulativo?

Começámos este capítulo com percorrendo um rigoroso caminho através dos problemas levantados pelo bem jurídico. A nossa posição mantém-se. Acreditamos que não será necessário *recorrer* a construções como a que Almeida Costa leva a cabo, na medida em que os bens jurídicos colectivos existirão por si mesmos. (Figueiredo Dias completar)

No entanto, a fundamentação elaborada quanto ao bem jurídico em questão, tem a capacidade de influenciar a nossa visão do problema da corrupção.

Tudo quanto expusemos tendia, resumidamente, para que descortinásemos um delito cumulativo também na corrupção, dado que não existiria a citada causalidade lesiva real entre a acção e o bem jurídico da forma como este era entendido. A nossa posição, contudo, modifica-se com a proposta que acabámos de expor de Almeida Costa. Se dúvidas houvesse, por tudo o que já tivemos oportunidade de analisar quanto a este crime, fica provada a razão que assistia a Hefendehl – e que apoiámos – quanto à necessidade de se aprofundar teoricamente cada bem jurídico colectivo.

Assim, consideramos que, ao se perspectivar a autonomia intencional da Administração ou, num plano mais material, a legalidade administrativa como o bem jurídico que o crime de corrupção passiva protege, está-se ao mesmo tempo a desenvolver o tipo legal de forma que exclui a existência de um crime cumulativo. É que a causalidade lesiva real que se estabelece entre a acção – conduta do funcionário – e o bem jurídico *legalidade administrativa* – existe desde logo. De outro modo: ao nível da criminalização – nível em que, como vimos, funciona a acumulação – não seria necessário recorrer a equivalentes materiais nem que o legislador pela sua valoração criasse esse nexos, porque ele já existiria de uma forma – à falta de melhor – natural. Na medida em que uma acção singular é suficiente para se dirigir ao bem jurídico colectivo, não será necessário que, ao nível da criminalização, se tenha de proceder da forma que defendemos correcta para que se possa falar de delitos cumulativos.

Claro está que, na intenção do legislador, poderá sempre descortinar-se uma intenção de criminalização (também) para controle dos efeitos de *massa* que a corrupção pode, inegavelmente, gerar. No entanto, esse será um dos naturais efeitos do direito em geral e do direito penal em particular, a saber, a capacidade de influenciar o

comportamento dos cidadãos. Ora, tal não basta, porém, para que possa falar-se em delitos cumulativos.

1.3. Os crimes fiscais

Culminamos este ponto, que se destinou a dar uma maior concretização prática aos problemas centrais que desenvolvemos acima, com a análise dos crimes fiscais. Podemos antecipar que a nossa posição em relação a este tipo legal de crimes será substancialmente diferente da que tomámos, quer em relação aos crimes de violação de normas urbanísticas, quer em relação aos crimes de corrupção, ainda que quanto a este crime, de forma menos clara. Assim, óbvio se torna que não consideramos estar perante um crime cumulativo algo que, no entanto, não nos impede de problematizar esta questão.

Como ponto de partida desta análise, torna-se essencial afirmar que não dedicaremos grande atenção à questão que versa sobre se a criminalidade fiscal deve ou não ficar fora da malha penal. A relevância e o interesse que este tema transporta não tornam essencial, para o nosso estudo, a sua análise. Diremos, contudo, e para que não restem dúvidas, que os crimes fiscais comportam, inegavelmente, a dignidade penal indispensável para que certas condutas possam ser alvo da mais gravosa das censuras. E a nossa opção justifica-se, porventura a título principal, porque “está hoje mais longínquo o tempo em que a fuga aos deveres fiscais era considerada ética e moralmente neutra”⁵²¹. Fica assim rejeitada, liminarmente, uma posição como a que a *teoria administrativista* propugna, e que remete as infracções fiscais para o campo das infracções administrativas, na medida em que estaríamos perante “a violação de deveres eticamente indiferentes”⁵²² ou, de outro modo, “meras infracções de ordem que colocam entraves à aplicação da lei fiscal.”⁵²³

Rejeitada será também uma posição que defenda uma total assimilação por parte do direito penal de tudo quanto seja atinente às infracções fiscais, retirando espaço para que se respire uma desejável (co)existência entre direito administrativo e direito penal – a chamada *teoria penalista*⁵²⁴.

⁵²¹ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 242.

⁵²² *Idem, ibidem*, pag. 244.

⁵²³ Nuno de Sá Gomes *apud* Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 244.

⁵²⁴ Para mais desenvolvimentos *vide* Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 244 e ss.

Preferível, e em consonância com tudo o que fomos defendendo ao longo desta dissertação – com especial relevo para o que se disse no capítulo I -, será posicionarmos numa posição dualista que afirma que “há infracções fiscais que violam interesses essenciais da vida em sociedade, dotadas de relevância ética, mas que de algum modo se afastam das infracções fiscais de direito comum, e outras infracções que carecem dessa dignidade penal e se situam no âmbito da ilicitude administrativa.”⁵²⁵ A própria lei positiva que incide sobre estas infracções – RGIT⁵²⁶ - vai no mesmo sentido quando afirma no n.º 2 do artigo 2.º que “ as infracções tributárias dividem-se em crimes e contra-ordenações” sendo que inclusivamente se prevê um processo administrativo nos artigos 51.º ss.⁵²⁷

Em termos necessariamente sintéticos, diremos que a indispensável carga ética que qualquer ilícito criminal sempre terá subjacente foi adquirida pelos crimes fiscais muito por culpa da concepção de Estado Social que incutiu uma preocupação de distribuição da riqueza e, correlativamente, de diminuição das desigualdades sociais. A consciência desta necessidade e o facto de o imposto ser visto como um dos melhores meios para se atingir aqueles objectivos contribuíram, indiscutivelmente, para que a se passasse a censurar penalmente a fuga aos impostos.⁵²⁸

Neste caminho que, à falta de melhor, denominaremos de *eticização dos crimes fiscais* contribuiu em muito que como critério de repartição dos impostos se tenha erigido o princípio da capacidade contributiva. “Segundo este princípio, o sistema fiscal

⁵²⁵ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 246.

⁵²⁶ Tendo sido trazido à luz do dia através da Lei n.º 15/2001, de 5 Junho este diploma já vai (entre leis, DL e rectificações) na 21.ª versão podendo esta ser encontrada no DL n.º 6/2013 de 17 de Janeiro. Não é de todo o objecto deste estudo analisar as mudanças da legislação na criminalidade fiscal. No entanto, o número de mudanças que foram efectuadas – diga-se que só em 2009 é que não se procedeu a nenhuma alteração – dão, também aqui, força à exemplar expressão de Costa Andrade quando afirma que “em Portugal se legisla à flor da pele”. Para mais, quando já se antevê mais mudanças no campo da criminalidade fiscal sendo que algumas delas poderão alterar algum caminho argumentativo que será expandido nesta dissertação. Na verdade, apesar de não ser o objectivo deste estudo, sempre nos poderemos perguntar de quais as razões político-criminais que fundamentarão a mudança de submeter a julgamento os arguidos que pagaram o imposto a que inicialmente fugiram.

⁵²⁷ *Idem, ibidem.*

⁵²⁸ Se bem vemos as coisas, o papel do imposto com a actual crise económica – e cingimos a nossa análise ao espectro nacional – foi substancialmente mudado fruto de uma política fiscal que, erradamente, aumentou declaradamente a carga fiscal (com especial relevo para o IVA e para o IRS) sem que, contudo, tenha aumentado a distribuição dessa riqueza através dos serviços públicos indispensáveis à realização de todo o ser humano no seio da sua comunidade. Ao invés, usou-se a política fiscal de uma forma perversa, por vezes passando o inultrapassável limite da constitucionalidade, abalando a confiança que gerações e gerações de cidadãos depositaram num sistema fiscal que garantia o desenvolvimento pessoal e social bem como a dignidade dum percentagem elevada da população.

é justo se o montante de imposto a pagar for determinado de acordo com a capacidade económica de cada cidadão [sendo que] a censura de determinados comportamentos tem por substrato o incumprimento do dever de contribuir, segundo a sua capacidade económica individual, para a prossecução de funções públicas em benefício da colectividade.”⁵²⁹

Feitas estas considerações iniciais que, seguindo de perto Susana Aires de Sousa, nos permitiram responder ao fundamento da intervenção penal nos crimes fiscais, trataremos agora de abordar a questão do bem jurídico tutelado, algo que se fará na esteira daquela penalista de Coimbra, e que nos permitirá, *a final*, tomar posição fundamentada sobre a questão dos crimes fiscais como crimes cumulativos.

Não iremos analisar em detalhe todas as propostas de determinação do bem jurídico⁵³⁰ bastando-nos com a apresentação geral das duas grandes teses que *se confrontam* – as teses funcionalistas e as teses patrimonialistas.

As teses funcionalistas, ainda que se desdobrem em várias propostas, apresentam como principal nota comum “a intensa ligação do bem jurídico às funções que, no âmbito da ciência das finanças públicas, se reconhece ao imposto.”⁵³¹ Apesar de grande parte das críticas ser dirigida individualmente a cada proposta que se ligue a uma funcionalização do direito penal podemos encontrar um lastro comum. Desde logo, pode-se afirmar que duas propostas – a que afirma que o crime fiscal constitui uma ofensa ao sistema económico e a que, por seu turno, postula estar-se perante uma ofensa ao sistema fiscal – se sujeitam à crítica que aponta no sentido de se estar perante um bem jurídico demasiado *genérico* e que necessita de ulteriores especificações para que se atinja o que, verdadeiramente, é alvo da censura penal. Também não nos parece impossível dirigir a crítica de haver uma certa (com)fusão entre *ratio legis* e bem jurídico, crítica que usualmente se dirige à concepção que analisa o crime fiscal como ofensa à função tributária, a outras propostas já que, se bem vemos as coisas, a justificação político-criminal é susceptível também de acolher fundamentos ligados a uma protecção do sistema fiscal.⁵³² Alerta ainda Susana Aires de Sousa que “considerar

⁵²⁹ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 249, 250 e 263.

⁵³⁰ Algo que se pode encontrar de forma detalhada em Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 266 e ss.

⁵³¹ *Idem, ibidem*, pag. 267.

⁵³² Para uma rigorosa exposição destas várias perspectivas *vide* Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 267 a 277.

como bem jurídico a proteger o sistema económico, ou o correcto funcionamento do sistema fiscal, ou as funções e finalidades reconhecidas às receitas tributárias, parecem revelador de uma demasiada e desnecessária antecipação penal (...) e em última instância, de uma abstracção incapaz de identificar com nitidez consequências lesivas ou perigosas para um qualquer bem jurídico.”⁵³³ Numa palavra: seria o fim do paradigma do bem jurídico, final esse já anunciado por alguns mas não comprovado.

Olhando agora algumas das teses patrimonialistas torna-se evidente que uma concepção exclusivamente patrimonial do objecto da tutela das normas fiscais que assenta numa “compreensão civilista da relação fiscal e concebe o imposto como o preço que o contribuinte paga pelos serviços públicos que o Estado lhe presta”⁵³⁴ terá de ser rejeitada. Efectivamente, uma posição deste cariz seria rejeitar o princípio há pouco citado da capacidade contributiva substituindo-o pelo princípio do benefício que, diga-se, convive mal com os princípios da igualdade fiscal e da justiça fiscal.⁵³⁵

No entanto, as teses patrimonialistas redefiniram-se e apresentam-se hoje como maioritárias no seio da nossa família romano-germânica.⁵³⁶ De facto, considera-se que a infracção fiscal se apresenta como um crime de dano que se efectiva com o menor montante que o Estado arrecada para fazer face às funções que lhe competem. “Não se trata de um património individual que é lesado mas sim de interesses patrimoniais supra-individuais de que a comunidade é titular.”⁵³⁷ Não se pense, porém, que pela maior aceitação que esta perspectiva tem recebido ela está isenta de críticas. De facto, afirma-se que o património do Estado já se encontra protegido pela lei penal nos mesmos termos do património individual não sendo necessário criar novos tipos legais de crime. Outra das críticas aponta que na maioria dos casos, e em virtude do montante não cobrado assumir um valor diminuto quando comparado com todo o valor arrecadado com a cobrança fiscal, ficaríamos perante acções bagatelares.⁵³⁸

⁵³³ *Idem, ibidem*, pag. 296 e 297.

⁵³⁴ *Idem, ibidem*, pag. 277 e 278. Sobre o carácter público da relação tributária afirma a autora que “o imposto surge *ex legis*, ou *ope legis*, ou ainda *ipsi vi legis* e não, como acontece com os preços do direito privado *ex voluntate*; é também exigido coactivamente pelo Estado, ao actuar como titular de um direito de império, através de normas de direito público que disciplinam as relações jurídicas entre a administração e os contribuintes.”

⁵³⁵ No mesmo sentido Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 278 e 279.

⁵³⁶ *Idem, ibidem*.

⁵³⁷ *Idem, ibidem*, pag. 279.

⁵³⁸ *Idem, ibidem*, pag. 280 e 281.

Este último argumento tem o condão de nos reencaminhar para o cerne do nosso trabalho, principalmente, por duas ideias conexas: porque nos remete para o exemplo do *free-rider* que referimos anteriormente⁵³⁹ percebemos que nos crimes fiscais o problema dos delitos cumulativos é susceptível de, ao menos, ser colocado *v.g.* nos termos em que o faz Silva Sánchez quando afirma que nos crimes fiscais o perigo é apenas o da soma de condutas de fuga aos impostos e não, por maior que seja, o de uma conduta isolada⁵⁴⁰; e porque, pelo menos em alguma doutrina⁵⁴¹, os crimes fiscais são tratados como uma face da expansão inadmissível do direito penal, *fenómeno* que fomos abordando ao longo da nossa reflexão.⁵⁴² De seguida tomaremos posição sobre estes tópicos que fomos abordando bem como quanto à questão do problema da acumulação no seio da acumulação.

Quanto a esta questão aderimos à argumentação de Susana Aires de Sousa quando, invocando argumentos de natureza diversa, defende que nos crimes fiscais não estamos perante um crime cumulativo bem como quando afirma a total certeza “sobre a dignidade penal de algumas condutas com relevância fiscal.”⁵⁴³

Um primeiro argumento, de cariz histórico, mostra “que a criminalização de comportamentos fiscais é um problema já conhecido do Código Penal de 1886 (quanto às infracções aduaneiras), do Decreto-Lei n.º 27 153, de 31 de Outubro de 1936, e do Decreto-Lei n.º 28 221, de 24 de Novembro de 1937 (quanto às infracções não aduaneiras).”⁵⁴⁴ O nascimento longínquo desta figura não parece ser compatível com o contexto social, filosófico e jurídico-penal⁵⁴⁵ que trouxe para o debate a figura dos delitos cumulativos.

Um segundo argumento que a autora mobiliza reflecte o ser possível “encontrar no domínio fiscal uma diversidade de comportamentos impregnados de uma considerável danosidade social.”⁵⁴⁶ Tendo a autora rejeitado, como vimos, as teses funcionalistas, afirma que nas teses patrimonialistas é legítima a crítica que aponta o

⁵³⁹ *Vide supra* Capítulo II ponto 2.2.

⁵⁴⁰ Silva Sánchez, como na nota 114, pag. 106.

⁵⁴¹ *Idem, ibidem*, pag. 105 ss. Chamando à atenção para o mesmo facto que nós veja-se Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 127.

⁵⁴² Com especial atenção no capítulo I.

⁵⁴³ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 293.

⁵⁴⁴ *Idem, ibidem*, pag. 293.

⁵⁴⁵ Que analisámos ao longo das páginas do capítulo I.

⁵⁴⁶ Susana Aires de Sousa, como na nota 127, pag. 294.

carácter demasiado genérico ou, se quisermos, vasto do património público para que possa cumprir as funções que atribuímos ao bem jurídico. Donde, propõe a penalista de Coimbra uma concretização do que é, efectivamente, o objecto de protecção dos crimes fiscais. Essa concretização culmina com a defesa que este “coincide com o património fiscal do Estado, *rectius*, com o conjunto das receitas fiscais de que o Estado é titular [sendo que] o bem jurídico-penal protegido pelos crimes fiscais coincide, assim, a nosso ver, com a obtenção das receitas fiscais.”⁵⁴⁷ Será, sem dúvida, um bem jurídico colectivo mas que não exige que seja analisado à luz da acumulação de condutas. Como afirma a autora “se entendermos como bem jurídico protegido o conjunto das receitas fiscais que integram o activo do património fiscal do Estado, a referência do bem jurídico-penal à acção individual não precisa de ser especialmente fundamentada através da acumulação [já que] a conduta individual defraudatória ou diminui as receitas fiscais ou se mostra idónea a tal.”⁵⁴⁸ Concretizando com um exemplo a sua argumentação, Susana Aires de Sousa afirma que “tal como a conduta lesiva do património de um multimilionário não deixa de poder constituir um crime de furto, ou um crime de burla, ou um crime de abuso de confiança, também o não pagamento fraudulento ou a redução indevida de impostos não deixa de constituir um acto lesivo do património fiscal”⁵⁴⁹ Acreditamos na fundamentação desta posição, sendo certo que ela só rejeita o pensamento acumulativo porque se entendeu o bem jurídico da forma que acabámos de expor. Não se torna necessário, nem ao nível da criminalização, qualquer pensamento próximo do que defendemos nesta dissertação sendo que tal, se bem vemos as coisas, decorre do modelo de bem jurídico que se aceitou. Na verdade, “quem veja como objecto de tutela penal daquelas incriminações um bem jurídico de carácter institucional ou funcional (...) tende a concluir que a particular natureza destes bens impede que eles possam ser lesados por uma só acção individual; a lesão resulta somente da acumulação de actos defraudatórios do Erário Público.”⁵⁵⁰

2. Conclusões intermédias

A análise que levámos a cabo neste capítulo, e que repousou em três crimes susceptíveis de se desdobrarem em mais do que três tipos legais, revelou-se essencial para que a nossa reflexão chegasse a bom porto.

⁵⁴⁷ *Idem, ibidem*, pag. 299.

⁵⁴⁸ *Idem, ibidem*, pag. 301.

⁵⁴⁹ *Idem, ibidem*.

⁵⁵⁰ *Idem, ibidem*, pag. 300.

De um ponto de vista geral, estamos convictos que este exercício se revelou fulcral para o nosso trabalho. Confirmámos algo que já tínhamos avançado aquando do estudo do pensamento de Hefendehl: cada tipo legal susceptível de dialogar com a acumulação, exigirá um estudo individualizado e criterioso para que se perceba se estamos, ou não, perante um crime cumulativo. Se dúvidas houvesse quanto a este ponto, as diferentes soluções a que chegámos estão aí para o comprovar.

Tentámos fugir à tendência que existe de abordar o tema dos delitos cumulativos através duma análise dos crimes de poluição bem como dos crimes de consumo⁵⁵¹. Efectivamente, as recentes mudanças legislativas trouxeram novos crimes que, pelo recente aparecimento, carecem ainda de uma análise da doutrina penal. Tentando contribuir para o debate destes *novos* tipos legais, trilhámos o nosso caminho em relação a um deles: o crime de *violação de regras urbanísticas*, previsto e punido no artigo 278.º - A do CP. A conclusão a que chegámos foi que estamos perante um verdadeiro delito cumulativo que manifesta de sobremaneira a nossa visão do problema que tivemos oportunidade de desenvolver no capítulo III e que só agora concluímos.

A análise do crime de corrupção, em virtude dos vários contributos que fomos analisando, exigiu da nossa parte um maior esforço de mobilização de tudo quanto podia ser útil para sabermos se estamos perante um crime cumulativo. Partimos para a análise deste tipo legal com a certeza do facto de que a corrupção possui *dignidade penal* desde há vários séculos, o que tornava difícil a sua fundamentação através dos delitos cumulativos. É que, como já foi exaustivamente repetido, os delitos cumulativos

⁵⁵¹ Sobre a protecção jurídico-penal do consumidor *vide*: Augusto Silva Dias, in «Entre “comes e bebes”: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do acórdão da relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)», *RPCC*, Ano 8 (1998), n.º 4, e *RPCC*, Ano 9 (1999), n.º 1. Quanto ao(s) crime(s) de poluição consultámos: Anabela Rodrigues, comentário ao artigo 280.º do C.P., in *Comentário Conimbricense do Código Penal*; Maria Fernanda Palma, *Acerca do estado actual do direito penal do ambiente*, in, *O Direito*, Lisboa 2004; Augusto Silva Dias, como na nota 179. Relativamente ao crime do artigo 278.º do C.P. consultámos: Marta Felino Rodrigues, *Crimes Ambientais e de incêndio na revisão do Código Penal*, in, *RPCC 18 (2008)*; e Paula Ribeiro de Faria, comentário ao artigo 278.º do C.P. in *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Diga-se, contudo, que aqui consta apenas a bibliografia que consultámos, única e exclusivamente, direccionada para estas questões específicas. Como se compreenderá, vários foram os autores já citados que se cruzaram com estas questões ao longo das suas reflexões.

surtem como uma tentativa de resposta a estes novos tempos que transformaram tudo o que nos rodeia.

Através duma análise de algumas propostas chegámos a duas conclusões opostas. De facto, pudemos constatar que no crime de corrupção tanto é possível vislumbrar um crime cumulativo, como rejeitá-lo. Ora, quanto a este ponto, mais do que repetir argumentos, cumpre fazer uma especificação. Se a argumentação que levámos a cabo para procurar um pensamento acumulativo no seio do crime de corrupção parece depender, de forma exclusiva, do bem jurídico protegido, tal não é verdade. Naturalmente que a questão do bem jurídico protegido mereceu grandes desenvolvimentos, no entanto saber se estamos, ou não, perante um crime cumulativo, deve-se, acima de tudo, à relação que se estabelece entre acção e bem jurídico e à impossibilidade que existe nos delitos cumulativos de estabelecer uma causalidade lesiva real entre acção e bem jurídico.

Culminámos a nossa análise com a análise dos crimes fiscais que possuem uma ligação inegável com a teoria moral que, como vimos *supra*⁵⁵², tenta fundamentar os delitos cumulativos através da figura do *free-rider*. Confirmámos algumas das críticas que na altura devida tecemos quanto a esta proposta na medida em que chegámos à conclusão de que, e acompanhando de perto o pensamento de Susana Aires de Sousa, não estávamos perante um crime cumulativo. Cumpre apenas referir que, à mesma conclusão já tinha chegado Hefendehl.

Uma última consideração prende-se com uma ideia que já tivemos oportunidade de refutar mas que volta a aparecer como pertinente. Sem dúvida que haverá na existência de delitos cumulativos uma maior *funcionalização* do direito penal. No entanto, e reafirmamo-lo para que não restem dúvidas, tal está muitíssimo longe de se poder constituir como uma crítica legítima.⁵⁵³

⁵⁵² Vide capítulo II.

⁵⁵³ Para mais desenvolvimentos veja-se o ponto 2.2. do capítulo III.

Nota de encerramento

As últimas palavras desta dissertação terão como objectivo fazer o balanço do objectivo a que nos propusemos. De facto, urge fazer este exercício já que as várias conclusões substanciais deste estudo foram explanadas e, em alguns casos, repetidas.

Não seremos certamente os únicos que, ao terminarem uma reflexão no âmbito de um mestrado em ciências jurídico-criminais sentem que muito ficou por dizer. Assim, e apesar deste sentimento intersubjectivo, reforçamos que, no nosso tema, e em virtude da enorme amplitude das nossas questões, seria impossível conseguir abordar tudo o que gostaríamos. Ficamos, contudo, com a sensação de que conseguimos delimitar de forma adequada os problemas merecedores da nossa atenção em função do nosso tema.

Efectivamente, partimos com a intenção de saber se seria possível compatibilizar o direito penal com as mudanças que a denominada *sociedade do risco* incutiu em todas as manifestações de vida humana. Para tal, não poderíamos começar a viagem a meio, isto é, não poderíamos abordar as mudanças sociológicas, filosóficas e jurídico-penais sem sabermos que mudanças foram essas. Claro que seria impossível, e nem tal era exigível, abordar todas as mudanças que se deram naquelas áreas. Optámos por uma abordagem motivada por considerações essencialmente objectivas, na medida em que tentámos demonstrar a enorme variedade de propostas filosóficas, mas sem perder de vista o objectivo central da nossa dissertação: explorar o tema dos delitos cumulativos e da acumulação em direito penal.

Após termos, primeiro, dado a conhecer as tais notas essenciais que motivaram o *nascimento* do nosso tema e, depois, estudado a forma como elas influenciaram o direito penal, foi chegada a altura, sempre guiados por um esforço de irmos encurtando as margens do nosso tema, de dar a conhecer a figura dos delitos cumulativos. Concretamente, estudámos as suas notas principais, as críticas a que tem sido sujeita mas também as teses que são susceptíveis de fundamentar, sempre posicionando-nos perante as questões.

Podemos afirmar, *grosso modo*, que os dois primeiros capítulos corresponderam ao tratamento dos fundamentos teóricos dos delitos cumulativos, sendo que deles se retirou (no mínimo) uma grande conclusão: que às dificuldades que o direito penal tem

em lidar com os novos problemas colocados, não se pode responder com um fingimento de que eles não possuem dignidade penal, nem com uma transformação total da tutela de *ultima ratio* que defende a total funcionalização desta.

Procurámos, então, saber como é que estes problemas podem ser resolvidos, já que perfilhámos a posição daqueles que respondem positivamente à questão de saber se o direito penal terá, ou não, um papel na contenção destes riscos à larga escala.

Assim, no terceiro capítulo começámos por abordar a complexa questão do bem jurídico-penal que, não raras vezes, se confunde com o problema da manutenção ou abandono do direito penal que conhecemos. Este foi mais um dos motivos que deu força à importância do nosso primeiro capítulo, na medida em que, se ficássemos órfãos daquela primeira inserção não teríamos o necessário apoio para uma fundamentada e coerente tomada de posição. A grande conclusão a que chegámos naquela primeira parte do capítulo III foi a da existência de verdadeiros bens jurídicos colectivos que se densificam através de uma analogia material com o catálogo dos direitos fundamentais de organização social e económica.

A segunda fase do terceiro capítulo, correspondeu a uma análise do pensamento de Hefendehl. No entanto, e porque acompanhámos este autor em muito do que defendeu, foi também este o espaço em que nos posicionámos quanto à questão central da nossa dissertação: saber se a acumulação desempenha algum papel na tutela dos novos problemas e, já que a resposta foi afirmativa, como é que esse papel se manifesta e como é que ele se concilia com as principais críticas de que é alvo.

Após termos concluído que estaríamos perante um problema que se manifestaria ao nível da criminalização, o qual, naturalmente, teria de ser trabalhado principalmente pela política-criminal, pudemos comprovar, através de uma análise de três crimes, que a nossa posição não se mostra como nada de extraordinariamente inovador no ordenamento jurídico-penal português. De facto, descortinámos num tipo legal recentemente inserido no CP, um raciocínio bastante semelhante àquela que tínhamos defendido.

Acreditamos que, não obstante a grande amplitude de matérias por que se pautou o nosso trabalho, conseguimos incutir-lhe um rumo que partindo de um campo muito vasto, acabou com a tentativa de resolução de uma questão muito particular. Era,

assumimos, esse o nosso objectivo: saber como é que mudanças tão marcantes e com indubitável influência no direito penal poderiam ser por este tuteladas.

Este, foi o nosso contributo.

Referências Bibliográficas

O presente estudo não foi redigido segundo as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa a 16 de Dezembro de 1990.

Critérios de citação adoptados: a) citam-se os autores a cujas obras se teve acesso e consultou directamente; b) citam-se os autores através do sistema autor-data, indicando-se apenas o último nome do autor, em letra maiúscula, a data da publicação da obra e o número das páginas referidas; c) este sistema é usado quer no corpo do texto, quer em notas de rodapé; d) os autores são enumeradas e referenciadas por ordem alfabética; e) as transcrições textuais são sempre demarcadas por comas (“...”); f) as palavras escritas em língua estrangeira são ressaltadas em itálico, bem como o nome dos autores que fomos seguindo.

- **Alexandre O’Neil**, «*No Reino da Dinamarca*», Campo das Letras, 1ª Edição, 1995;

- **Anselmo Borges**, «*O crime económico na perspectiva filosófico-teológica*», in *RPCC 10* (2000);

- **A. Medina de Seça**, «artigo 360.º», in *Comentário Conimbricense do Código Penal, parte especial, Tomo III*, Coimbra, Coimbra Editora;

- **Augusto Silva Dias**, «*Delicta in se*» e «*delicta mere prohibita*»: *Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Coimbra Editora, 2009;

- «Entre “comes e bebes”»: *debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do acórdão da relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)*», *RPCC*, Ano 8 (1998), n.º 4, e *RPCC*, Ano 9 (1999), n.º 1;

- «*What if everybody did it?*»: *Sobre a «(in)capacidade de ressonância do direito penal à figura da acumulação*», in *RPCC*, nº 13 de 2003;

- **A. M. Almeida Costa**, «artigo 262.º», in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra, Coimbra Editora;
- «*Sobre o crime de corrupção*», in *BFD, Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Vol. 1 (1984);

- **Anabela Rodrigues**, «artigo 280.º», in: *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra, Coimbra Editora;

- **Castanheira Neves**, «*O princípio da legalidade criminal; O seu problema jurídico e o seu critério dogmático*», in *Digesta*, Vol. I, Coimbra Editora;

- **Cláudia Cruz Santos**, «*Considerações Introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre corrupção)*», in *A Corrupção – Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico – Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009;
- «*A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência*», in *A corrupção - Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico – Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009;

- **Débora Thaís de Melo**, «*Os bens jurídicos ofendidos pela corrupção e o problema específico dos bens jurídicos colectivos*», in *A corrupção - Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu Regime Jurídico – Criminal em Expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra Editora, 2009;

- **Felix Herzog**, «*Algunos riesgos del derecho penal del riesgo*», retirado de <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/65/60>;

- **Fernando José Bronze**, «*PJ →JD: a equação metodonomológica: as incógnitas que articula e o modo como se resolve*»; in *BFD, Coimbra*, Vol. 87 (2011);

- **Guilherme Costa Câmara**, «*O direito penal do ambiente e a tutela das gerações futuras: Contributo ao debate sobre o delito cumulativo*», Tese de doutoramento em

Ciências Jurídico-Criminais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011;

- **Hans Jonas**, *«El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica»*, Herder, 13ª Edição, Junho de 2004;

- **Jorge de Figueiredo Dias**, *«Direito Penal, Parte Geral – Questões Fundamentais, A doutrina Geral do Crime»*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora 2004;

- *«Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente»*, IV Conferência de Direito Médico com Participação Internacional, RDE, Coimbra;

- *«O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”»*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, BFD, Coimbra Editora;

- *«O papel do direito penal na protecção das gerações futuras»*, in *Volume Comemorativo do 75º Tomo*, BFD;

- *«Para uma dogmática do direito penal secundário – um contributo para a reforma do direito penal económico e social português»*, in *RLJ*, n.º 3718;

- *«Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente»*, in *RDE 4 (1978)*;

- **José de Faria Costa**, *«Bioética e direito penal, Reflexões possíveis em tempos de incerteza*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias»*, BFD, Coimbra Editora;

- *«Comissão eventual para o acompanhamento político do fenómeno da corrupção e para a análise integrada de soluções com vista ao seu combate»*, parecer que apresentou como seu relator Fernando Negrão;

- **João Loureiro**, *«Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco»*, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, BFD, Coimbra Editora;

- **Luís Vale**, *«Guiões de apoio ao estudo da cadeira de Metodologia Jurídica»*;

- **Maria Fernanda Palma**, *«Acerca do estado actual do direito penal do ambiente»* in *O Direito*, Lisboa, 2004;

- **M. Isabel Sanchez Garcia de Paz**, «*El moderno derecho penal y la antecipation de la tutela penal*», Universidade de Valladolid, 1ª Edição, 1999;

- **Marta Felino Rodrigues**, «*Crimes ambientais e de incêndio na revisão do CP*», in, *RPCC 18* (2008);

- **Orlando de Carvalho**, «*Para um paradigma interpretativo: o projecto social global*», in *BFD*, nº 73 ano 1997;

- **Paula Ribeiro de Faria**, «artigo 278.º», in, *Comentário Conimbricense do Código Penal*;

- **Paulo Pinto de Albuquerque**, «*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*», Universidade Católica Portuguesa, 2ª Edição actualizada, Lisboa, 2010;

- **Paulo Silva Fernandes**, «*Globalização, “sociedade do risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*», Coimbra, Almedina, 2001;

- **Paz M. De La Cuesta Aguado**, «*Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*», Valencia, Tirant lo Blanch, 1995;

- **Pedro Caeiro**, «*Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema*», in, *RMP 84*, 2000;

- **Pinto Monteiro**, «*Comissão Eventual para o Acompanhamento Político do Fenómeno da Corrupção e para a Análise Integrada de Soluções com Vista ao seu Combate*» in www.parlamento.pt;

- **Projecto de Lei n.º 217/XI** retirado de:
<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a4c33526c6548527663793977616d77794d54637457456b755a47396a&fich=pj1217-XI.doc&Inline=true>

- **Rita Castanheira Neves**, «*O ambiente no direito penal: a acumulação e a acessoriedade*», in *Direito Penal Hoje – Novos desafios e novas respostas*, (org.) Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves;

- **Rafael Alcácer Guirao**, «*La protección del futuro y los daños cumulativos*», in *RECPC 04-08 (2002)*;

- **Robert Musil**, «*O homem sem qualidades*», Livros do Brasil, Lisboa;

- **Rogério Ehrhardt Soares**, «*Direito Público e Sociedade Técnica*», Atlântida Editora, Coimbra, 1969;

- **Roland Hefendehl**, «*Debe ocuparse el derecho penal de Riesgos Futuros? Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto*», *Anales de Derecho*, n.º 19 (2001);
- «*Kollektive Rechtsgüter*»;
- «*El bien jurídico como eje material de la norma penal*», in *La teoría del bien jurídico-¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, 1ª Edição, 2007;

- **Silva Sánchez**, «*La expansión del derecho penal*» B de F, 3ª Edição, 2011;

- **Susana Aires de Sousa**, «*Os crimes fiscais. Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*», Coimbra Editora 2009;
- «*Risco, precaução e responsabilidade no horizonte da incerteza*», in, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, BFD*, Coimbra Editora;

- **U. Beck**, «*World Risk Society*», Polity, 1ª Edição, Dezembro de 2008;
- «*Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Modern*, 1986;

- **Virgílio Ferreira**, «*Para sempre*», Asa, 1993;

- **Winfried Hassemer**, «*Perspectivas del derecho penal futuro*», in *RP*, n° 1 (1997);
- «*Persona, Mundo y Responsabilidad*»;